الحقوق المقدمة عند التزاحم

فى الفقه الإسلامى



فضيلة الأستاذ الدكتور

شوقى إبراهيم عبد الكريم علام

مفتى الديار المصرية



٠٠٢٠١٠٠٢٧٣٨٨٢٢

الحقـــوق المقدمـــة

عند التزاحـــم

فى الفقـه الإسلامـى

فضيلة الأستاذ الدكتور

شوقى إبراهيم عبد الكريم علام

مفتى الديار المصرية

الطبعة الأولى

2013م

الناشر

مكتبة الوفاء القانونية

محمول: 0020103738822– الإسكندرية

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

1- موضوع البحث وأهميته:

الحمد لله مانح الحقوق لعبادة والمتفضل بها عليهم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله الأمين، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد،،،،،،،،،

فمن المستقر عليه في الفقه الإسلامي أن الحقوق ثابتة للأفراد والجماعات، وتعد منحة من الله سبحانه وتعالى، وقد تضافرت النصوص الشرعية على ذلك، ومن ثم فلم تكن فكرة الحق محل إنكار من أحد من فقهاء المسلمين.[1]

---

(1) وعلى عكس ذلك لم يكن الحق معترفاً به عند بعض رجال القانون، بل أنكره ورأى أنه يدور في عالم ما رواء الطبيعة، أو الميتافيزيقا، ولا صلة له بالواقع. وهذا راجع إلى العداء الشديد من قبل هذا البعض للمذهب الفردي، ومن ثم فقد اتجه إلى المذهب الجماعي وأسس عليه بناء القاعدة القانونية.

يراجع في تفصيل ذلك: الدكتور جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون (نظرية الحق) طبعة سنة (1984م) رقم85 ص223 وما بعدها؛ الدكتور شريف الشيخ إدريس، ماهية الحق في الشريعة الإسلامية والقانون: تعريفه وأقسامه ص19 وما بعدها، بحث مقدم إلى ندوة (مفهوم الحق بين الشريعة والقانون) والتي عقدتها كلية الشريعة والقانون بمسقط سلطنة عمان، في الفترة من 26 إلى 28 من ذي الحجة 1420هـ الموافق 1-3 من إبريل 2000م وطبعت أعمال الندوة في كتاب صادر عن وحدة البحث العلمي وخدمة المجتمع بالكلية المذكورة.

والتشريع الإسلامي يقوم على الموازنة الدقيقة بين ما هو خاص وما هو عام، أو بين ما هو فردي وما هو جماعي، وبين ما هو مادي وبين ما هو روحي، ومن ثم لا مجال لإنكار الحق لوجود الأساس الذي يستند إليه من الاتجاه الفردي والجماعي.

وقد عنى الفقهاء، فهمًا من دلالات تلك النصوص في جانبها الآمـــر أو الناهي، بتحليل الحق من كافة جوانبه، سواء من ناحية حقيقته، أو أنواعه بالنظر إلى اعتبارات مختلفة، أو ما يقدم منه عند التزاحم.

وقد كان تقديم حق على حق عند التزاحم محل عناية الفقهاء القـــدامى، فالمتتبع للتفريع الفقهي في مواضع مختلفة من أبواب الفقـــه الإســـلامي وعلـــى اختلاف مذاهبه، يلحظ رسوخ المعالجة لهذا الموضوع، بل إن عناية الفقهاء بـــه لم تقف عند حد التفريع فقط، بل تعدت إلى التقعيد والتنظير له، فقـــد أفـــرد لـــه علماء قواعد الفقه مباحث في كتبهم تجمع شتات مسائله في موطن واحد، ومـــن هؤلاء العلماء: العز بن عبدالسلام (ت:660هـــ)، والقرافـــي (ت:684هـــ)، والزركشي(ت:794هـ)، والسيوطي (ت:911هـ)، وابن نجيم (ت:970هـ).

ولقد كانت منهجية مراعاة النِّسب التي جعلها الـشارع بـين التكـاليف الشرعية والأعمال المختلفة والمحافظة عليها، هي اهتمام الفقه الإســـلامي، فقـد قدم فقهاء المسلمين ما حقه أن يقدم وأخروا ما حقه أن يؤخر في وضوح تـام، يدل على قدم راسخة في فهم قضايا المجتمع وإتقان معالجتها، وقد أدرك بعـض الباحثين بحق أن" من أكبر ما أخذ على المسلمين في عصور التخلف والانحطاط أنهم كبَّروا الأمور الصغيرة، وصغروا الأمور الكبيرة، وعظموا الشيء الهـين، وهونوا الشيء العظيم".[1]

وليس أدل على ذلك من أن سُنَّة جلسة الاستراحة في الـصلاة شـغلت فكر كثير من الشباب وعقلهم لفترة طوَيلة من الزمن مـا زلنـا نـدرك أثرهـا وواقعها في بلدان كثيرة من مصر، وهذه السنة هي في الأصل موضع خـلاف بين الفقهاء، وكان هذا الشغل على حساب كثير من الفرائض الإسلامية الكبرى،

---

(1) الدكتور مسفر بن علي القحطاني، أثر المنهج الأصولي في ترشيد العمل الإســـلامي، ط: الـشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، الطبعة الأولى (2008م) ص72.

ليس أقلها دعوة الناس إلى الدين بالحكمة والموعظة الحسنة، كما قال رب العزة سبحانه وتعالى:﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾[1]، بل أهم من ذلك أن إعلاءها لدى من اعتنقها دون مراعاة للقول الآخر، ودون مراعاة لرتبتها بين غيرها من التكليفات الشرعية، مما يمكن أن يكون أهم في مجال العمل، جعلها سبب تهديد لرابطة الرحم لكثير من الأسر المسلمة، ولو أنه بشيء من التبصر وإعمال مبدأ تقديم ما حقه أن يقدم من التكاليف على غيره عند التزاحم، لكان العلاج المفيد لكثير من قضايانا الحياتية والاجتماعية، بل ولو أعملت القاعدة الكبيرة التي نص عليها الإمام السيوطي وغيره من علماء قواعد الفقه الإسلامي، وهي قاعدة: "لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه"[2]، لانحل كثير من مشكلاتنا.

وعلى هذا تتضح أهمية موضوع البحث في أنه يقدم رؤية صحيحة لما يقع من تزاحم في تطبيق التكاليف الشرعية، وهذا التقديم، لما حقه أن يقدم، يسري في مستويات عدة، فلا يقف عند الجانب الفردي الذي يحصل فيه تزاحم التكاليف الشرعية على المكلف الفرد، بل يتعداه إلى الجانب الجماعي وتصرف الجماعة في معالجتها لما يمكن أن يحدث من تزاحم في التكاليف المنتجة للحقوق، ونظرًا لصلته الوثيقة بعمل المكلفين على هذين المستويين، فهو داخل في كل أبواب الفقه، سواء منها العبادات أو المعاملات أو الجنايات أو الأحوال الشخصية، أو غيرها، بل هو داخل في الواجب والمندوب، كما سنرى في تقديم الأفضل في إمامة الصلاة عند تزاحم الأئمة، فهو داخل في تزاحم الحقوق الواقعة في نطاق المندوب.

---

(1) سورة النحل، الآية رقم 125.

(2) الأشباه والنظائر في فروع الشافعية، للعلامة: جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت (1403هـ) ص 158.

والحق أن مبدأ العدالة يقتضي العمل بهذا المنهج الفقهي في تقديم حق على آخر؛ ذلك أن التضحية بحق من الحقوق عند تزاحمها عند عدم إمكان الإتيان بها جميعًا، يصبح أمرًا لازمًا، وإلا باتت الحقوق عبئًا على التحقيق والتطبيق، بل يعسر تطبيقها عملًا، وهذا ينافي العدالة التي تقضي بوضع الأمور في نصابها الصحيح الذي يحقق مقصود الشرع الحنيف.

2- **منهج البحث:**

وإذا كان تقديم حق على حق يدخل في المجال الفردي والجماعي بما يؤدي إلى وجود تفريعات له في كافة الأبواب الفقهية، كما سبق، فإن تتبع هذه الفروع جميعا يخرج هذا البحث عن هدفه الموضوع له، ومن ثم فإننا نقتصر على ذكر نماذج للتفريعات الفقهية التي تبرز التأصيل لمنهجية تقديم حق على حق، فيما يتعلق بالأسباب التي تؤدي إلى ذلك، والضوابط الموضوعة فقهًا للتقديم، وغير ذلك مما يعين على فهم الحق المقدم من الناحية التأصيلية، وبعبارة أخرى لن يكون التفريع الفقهي هو الأساس في هذا البحث بقدر ما يكون ذلك مؤديًا إلى الجانب التأصيلي لمبدأ تقديم الحقوق عند التزاحم.

وهذه الناحية التأصيلية، والاتجاه بموضوع الحقوق المقدمة عند التزاحم بتغليب التنظير على التفريع، هي الأولى بالأخذ بها في الدراسات الفقهية المعاصرة، ومن المقرر أن اللجوء إلى الكلي لجوء إلى الجزئي وفيه إحاطة بما لم يذكر منه، بل إن علماء قواعد الفقه المحققين يذكرون أن الغاية منه، وهو علم يتجه بالفقه من الكليات إلى الجزئيات[1]، هي حفظ الجزئي وعدم تناثره على

(1) وهذا بناء على أن القاعدة صارت أصلًا يبنى عليه ويفرع عليه، وإلا فإنها في بداية تكوينها وصوغها كان وجودها مبنيًا على تتبع الفروع الجزئية، وهذا يعد تطورًا في دراسة القاعدة الفقهية، ولهذا أثير البحث من هذا المنطلق حول دليلية القاعدة الفقهية، فأنكره البعض وأجازه البعض الآخر.

الفقيه، فمن حفظ الفروع فقط تكاثرت عليه بما يؤدي إلى نسيانها، ومن حفظ القواعد ووعاها سهل عليه مراجعة الجزئي، وفي هذا السياق يقول الإمام القرافي رحمه الله تعالى عند ذكره لأقسام أصول الشريعة، وأنها تنقسم قسمين، وذكر القسم الأول، ثم قال:" والقسم الثاني: قواعد فقهية كلية، جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على آراء الشرع وحكمه.. وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويتضح له منهاج الفتوى... ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واضطربت، واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تتناهى، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن أكثر الجزئيات، لاندراجها في الكليات، وتناسب عنده ما اضطرب عند غيره".(1)

وسيكون منهج الدراسة المقارنة هو الأساس في المواضع التي تكون محل خلاف بين الفقهاء، وذلك بذكر أقوال الفقهاء في المسألة، وما استدل به كل فريق، ثم الخلوص إلى القول المختار إن أمكن.

وفي كل ذلك نرجع إلى كتب الفقهاء لاستقاء التفريع الذي يعين على التأصيل، دون إهمال للكتابات الحديثة في هذا الموضوع.

وفي خصوص الأحاديث التي ترد في البحث فإنني أقوم بتخريجها بعزوها إلى من رواها من أصحاب الصحاح والسنن، مع ذكر الصحابي الذي

= يراجع في ذلك: أستاذنا المرحوم الدكتور عبد العزيز محمد عزام، القواعد الفقهية، ط: دار الحديث، القاهرة (1426هـ/ 2005م) رقم 15 ص 69 وما بعدها؛ الدكتور يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، القواعد الفقهية (المبادئ، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور) دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تاريخية، ط: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثالثة (1424هـ/ 2003م) ص 273 وما بعدها.

(1) الفروق، للعلامة: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت جـ1 ص2.

رويت من طريقه، هذا فضلًا عن عزو ما ورد من آيات القرآن الكريم إلى سورها مع ذكر رقم الآية.

ونظرًا للفائدة التي تعود من معرفة الزمن الذي عاش فيه الفقيه، فضلًا عن الوقوف على تطور فكر المسلمين في مسألة ما لو وجد فيها خلاف، فإنني أذكر تاريخ وفاة كل فقيه يأتي ذكره في متن البحث، ما عدا الفقهاء من صحابة رسول الله ﷺ، إذ الغالب أنهم جميعا ماتوا قبل المائة الأولى من هجرة المصطفى ﷺ.

3 - **خطة البحث:**

تتمحور خطة بحث هذا الموضوع حول تعريف الحق وعلاقته بالواجب والمباح، وكذا الرخصة، من حيث إن هذه المصطلحات لها صلة وثيقة بالحق، بل قد تكون ثمرتها حقًّا من الحقوق يتزاحم مع حق آخر، كما سترى، ثم نعرف التزاحم والفرق بينه وبين التنازع والتعارض ثم تبين أقسام الحق وأنواعه وفق اتجاهات مختلفة، ثم بعد ذلك نورد الضوابط والأسس التي ينبني عليها تقديم حق على حق، والآثار المترتبة على ذلك، ويتخلل ذلك كله التفريعات الفقهية الموصلة إلى هذه الأسس والضوابط، كما سبق القول.

وعليه تكون خطة البحث في فصلين وخاتمة:

الفصل الأول: تعريف الحقوق والتزاحم وأنواع كل منها.

الفصل الثاني: الضوابط المعينة على تقديم حق على آخر عند التزاحم.

الخاتمة: أهم النتائج المستخلصة من البحث.

والله تعالى ولي التوفيق والسداد

الفصل الأول

تعريف الحق والتزاحم وأنواع كل منهما

4- **تقسيم:**

نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتكلم في الأول عن تعريف الحق والتزاحم وعلاقة كل منهما بما له به صلة، وفي الثاني عن أقسام كل منهما وأنواعه.

المبحث الأول

تعريف الحق والتراحم وعلاقة كل منهما بما له به صلة

5- تقسيم:

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرف في الأول الحق في اللغة وفي الاصطلاح وعلاقته بالحكم الشرعي عمومًا، وفي الثاني نعرف التراحم في اللغة وفي الاصطلاح وعلاقته بالتنازع والتعارض، وكذا علاقته بفقه الأولويات وبالتداخل بين العقوبات والكفارات.

المطلب الأول

تعريف الحق وعلاقته بالحكم الشرعي

6- تمهيد:

نظرًا للصلة الوثيقة بين معنى الحق في اصطلاح الفقهاء ومعناه الذي تقرر في لسان العرب، فإنه ينبغي تعريفه في لسان العرب أولًا، ثم في لسان الفقهاء واصطلاحهم، وفي خصوص تقديم حق على حق عند تزاحم الحقوق يثور البحث حول مدى وجود علاقة بين الحق والحكم الشرعي عمومًا، سواء في جانبه التكليفي أو الوضعي، وعليه نقسم هذا المطلب إلى فقرات نبين فيها معنى الحق وعلاقته بالحكم الشرعي.

7- **أولًا: تعريف الحق:**

أـ تعريفه في اللغة:

الحق مفرد حقوق، ويطلق على ما هو نقيض الباطل، كما يطلق على الثبوت والوجوب، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾(1) وقوله تعالى: ﴿قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ رَبَّنَا هَؤُلاءِ الَّذِينَ أَغْوَيْنَا

---

(1) سورة الزمر، الآية رقم 71.

أغْوَيْنَاهُمْ كَمَا غَوَيْنَا تَبَرَّأْنَا إِلَيْكَ مَا كَانُوا إِيَّانَا يَعْبُدُونَ﴾[1] ويقال: حق عليك أن تذهب إليه، أي: وجب عليك ذلك، ويقال استحق الشيء، أي استوجبه.[2]

ب- تعريف الحق في اصطلاح الفقهاء:

عني الفقهاء بوضع تعريف للحق يبين العناصر الأساسية له، ويبرز طبيعته وخصائصه التي تميزه عن غيره من الحقائق الشرعية، ولم يقتصر الاهتمام بوضع تعريف له على مذهب دون آخر، بل عني الفقهاء من كافة المذاهب بهذا الأمر[3]، ولم يكن الاهتمام بوضع تعريف للحق قاصرًا على الفقهاء القدامى فقط، بل كان اهتمام الفقهاء المحدثين به كبيرًا، غير أنني أقتصر على تعريف واحد للفقهاء القدامى وآخر للفقهاء المعاصرين.

أولًا: تعريف الحق عند الفقهاء القدامى:

تحفل كتب الفقه الإسلامي بتكرار مصطلح الحق والحقوق، وهذا يعني رسوخ هذا المصطلح عند الفقهاء من قديم، ومع وضوح المصطلح، مما جعل

---

(1) سورة القصص، الآية رقم 63.

(2) انظر في ذلك: كتاب العين، للعلامة: الخليل بن أحمد الفراهيدي، ط: دار ومكتبة الهلال، تحقيق: د. مهدي المخزومي، ود. إبراهيم السامرائي جـ 3 ص 6 وما بعدها، باب الحاء والقاف؛ لسان العرب للعلامة: محمد بن مكرم بن منظور، ط: دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى جـ 10 ص49، مادة:حقق؛ مختار الصحاح، للعلامة: محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، ط: مكتبة لبنان، بيروت (1415هـ/ 1995م) تحقيق: محمود خاطر ص 62 مادة: حقق.

(3) يراجع في ذلك: حاشية رد المحتار على الدر المختار، للعلامة: محمد أمين المعروف بابن عابدين، ط: دار الفكر، بيروت (1421هـ/ 2000م) جـ 5 ص 187؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة: زين الدين ابن نجيم، ط: دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية جـ 6 ص 148؛ الفروق جـ1 ص 256 وما بعدها إلى ص259؛ إدرار الشروق على أنواء الفروق، للعلامة: قاسم بن عبدالله بن محمد الأنصاري المعروف بابن الشاط، مطبوع بهامش الفروق جـ1 ص 258.

وانظر في تعريفات الحق لدى الفقهاء القدامى ودحض فكرة عدم تعرضهم لتعريف الحق: الدكتور أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط: دار السلام، القاهرة ص31 وما بعدها.

البعض يذهب إلى أن هذا هو السبب في عدم احتفاء الفقهاء بوضع تعريف له[1]، إلا أنه قد وجدت تعريفات متعددة للحق لدى الفقهاء القدامى، نختار منها تعريف القاضي حسين المروزي (ت:462هـ) فقد قال إنه، أي الحق،:" اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعًا".[2]

وهذا التعريف يظهر العناصر الأساسية للحق عند فقهاء الشريعة؛ فهو يبين أن الحق اختصاص، وهو ما يقتضي نسبة الحق إلى صاحبه وقصره عليه، بما يرتب من جهة أخرى منع الغير من الاعتداء عليه.

ثم هو يبين وصف هذا الاختصاص بأنه مظهر فيما يقصد له شرعًا، بما يوضح عنصر المكنة والقدرة على الانتفاع بآثار هذا الاختصاص، إذ لا فائدة من تقرير حق دون إيجاد القدرة على الانتفاع بثمراته وفوائده، وما يميز هذا التعريف أنه لم يقصر ثمرة الحق على نوع منها، بل ذكر ذلك على العموم في قوله فيما يقصد له، ومقصود الشارع قد يكون عامًّا كما في حقوق الله تعالى، كما قد يكون خاصًّا كما في حقوق العباد، فالعبد أو الفرد كالجماعة كلاهما يختص بحقه، وهذا ملاحظ عند الفقهاء في تقسيمهم الحقوق إلى حقوق لله تعالى وحقوق للعبد، فهذا يدل على اختصاص صاحب حق به، وإلا لما كانت هناك فائدة من إسناد الحق له.

---

(1) ممن ذهب إلى ذلك: الدكتور عبدالسلام التونجي، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، الجزء الثاني، نظرية الحق، ط: جمعية الدعوة الإسلامية، بنغازي ليبيا (1997م) ص 50؛ وأشار الدكتور أحمد محمود الخولي في كتابه نظرية الحق، المرجع السابق ص 15 إلى أن الشيخ الخفيف في كتابه الحق والذمة ص 36 يتجه هذا الاتجاه.

(2) طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية، للقاضي أبي علي حسين بن محمد بن أحمد المروزي، مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم 1523 فقه شافعي ص (150 أ) أشار إليه الدكتور أحمد محمود الخولي، المرجع السابق ص 38 هامش رقم (2).
وقد بحثت كثيرًا في كتب الشافعية اللاحقين على القاضي حسين، لعلي أجد أحدًا منهم نقل تعريفه، ولكن لم أعثر على نقل له فيما اطلعت عليه، وعليه فإني أكتفي بالإحالة إلى الدكتور أحمد الخولي فيما نقله عن المخطوط، والله الموفق.

وهذا الاختصاص أعم من الملك إذ قد يوجد اختصاص دون ملك، ولا عكس، ومن ثم قد يوجد حق دون ملك، غير أنه لابد من وجود سبب يقتضي الاختصاص على كل حال، ومن ثم فإن الحق يشمل الملك وما ثبت على الإباحة العامة، وهو الثابت على وجه الاشتراك.

وهذا هو الظاهر من قول ابن حجر الهيتمي (ت:973هـ) في خصوص القنوات التي تحفر ويسيل فيها الماء، فهل يكون مملوكًا أو لا؟.

ونص عبارته: "وما ذكر من أن حكم القنوات حكم الآبار هو ما ذكره الشيخان، إلا أن حفرها لمجرد الارتفاق لا يكاد يتفق. قال السبكي (لعله تقي الدين الوالد ت:683هـ): والقناة في بلادنا اسم لما يجري فيه الماء الواصل من غيرها. قال: وفي تعليق القاضي حسين: لو حفر القناة فنبع فيها ماء ملكه، وهو يقتضي أنها تحفر لينبع الماء فيها، وعلى هذا يصح إطلاق الرافعي (ت:624هـ) أنها كالبئر. وأما إذا كانت محل الجريان فهي كالبئر، ففي ملك الجاري فيها خلاف أ.هـ. أي والأصح أنه لا يملكه، بل لا يستحقه. فإن قلت: لا دليل فيما تقدم عن الروضة وأصلها في النهر لقول الزركشي: ما قالاه من الملك مشكل، لأن الأصل عدم الحفر، وكثير من الأنهار غير مملوك، والمحقق من اليد فيه الانتفاع والسقي منه، ولا يكفي ذلك لدلالة اليد على الملك، واليد الدالة على الملك هي التي يكون معها الاستيلاء ومنع الغير، فإن وجد ذلك دل على الملك، وإلا فينبغي أن لا يحكم بكونه مملوكًا لهم بل يقال مختص بهم، واليد إنما تدل على ذلك، وإن كانت تدل على الملك في غير هذه الصورة، ولكن هنا عارض الملك أن العرف يقضي بعدم تمكنهم من بيعه والتصرف فيه، وإنما تكون أملاكهم التي يسقون منها له حق سقيها منه، وذلك اختصاص به لا ملك".(1)

---

(1) الفتاوى الكبرى، للعلامة: ابن حجر الهيتمي، ط: دار الفكر، بيروت جـ 2 ص 191.

بل صرح ابن عابدين(ت:1252هـ) بأن الملك نوع من الاختصاص، وذلك عند بحثه لملك المتعة المترتب على عقد النكاح، هل هو ملك ذات أو ملك منفعة، وانتهى إلى أن الخلاف لفظي، فقال:" الظاهر كما في النهر أن الخلاف لفظي لقول الدبوسي (ت:430هـ): إن هذا الملك ليس حقيقيًّا، بل في حكمه في حق تحليل الوطء دون ما سواه من الأحكام التي لا تتصل بحق الزوجية اهـ. فعلى القول الذي عزاه الدبوسي إلى أصحابنا من أنه ملك الذات ليس ملكا للذات حقيقة، بل ملك التمتع بها؛ أي اختصاص الزوج به كما عبر به في البدائع، وهو المراد من القول بأنه ملك المتعة، وبه ظهر أن تفسير الملك هنا بالاختصاص كما عبر به في البدائع أولى من تفسيره بالحل تبعًا للبحر؛ لأن الاختصاص أقرب إلي معني الملك، لأن الملك نوع منه بخلاف الحل، لأنه لازم لملك المتعة، وهو لازم لاختصاصها بالزوج شرعًا أيضًا".[1]

وذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن الاختصاص هو الملك، فقال في شرحه للتعريف المختار للحق عنده، بأنه ما ثبت في الشرع لله أو للإنسان على الغير، قال:"ولا فرق بين أن يكون الثابت على وجه الاختصاص، وهو المعروف بالملك، أو على وجه الاشتراك، كما في الإباحة العامة".[2]

فالظاهر من قوله هذا أن الملك مرادف للاختصاص، إلا أن يقال إنه أراد بالاختصاص الملك في مقابل الاشتراك فلا اختصاص فيه لأحد بعينه، وفي الأول الاختصاص قاصر على واحد بعينه، فهو كالملك.

---

(1) حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 3.

(2) المرحوم الشيخ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ص51، مشار إليه في رسالة الدكتورة شادية محمد أحمد كعكي، الحقوق المقدمة عند التزاحم، رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى (1410هـ) ص6.

وأخيرًا يبين هذا التعريف، أي تعريف القاضي حسين، مصدر الحق بأنه الشرع، من قوله: شرعًا، وهذا عنصر هام مميز للحق في المفهوم الشرعي، إذ لا يتصور وجود حق ولا اعتباره إلا بالشرع، إذ الأفعال والتصرفات لا تنشئ حقوقًا للفرد أو الجماعة ولو كانت قد وقعت باختيار منهم، كما لا ترتب أثرًا يعتد به شرعًا، إلا إذا كانت مطابقة لمراد الشارع وحكمه.

ثانيًا: تعريف الحق عند الفقهاء المحدثين:

تعددت تعريفات الفقهاء المحدثين للحق، وفقًا لاتجاهات مختلفة، فمنهم من غلب جانب المعنى اللغوي في الثبوت والاستقرار، ومنهم من غلب عنصر الاختصاص، ومنهم من غلب عنصر المصلحة، ومنهم من جمع بين الاختصاص والمصلحة.[1]

ونختار من هذه التعريفات تعريف الشيخ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة (ت:2003م)، فقد عرفه بأنه:" ما ثبت في الشرع لله أو للإنسان على غيره"[2]، فهو يقترب من تعريف القاضي حسين رحمه الله تعالى، من حيث اشتماله على حقوق الله تعالى وحقوق العبد، فضلًا عن بيانه لمصدر الحقوق، وهو الشرع، ثم إن الثبوت يقتضي في بعض ما يقتضيه عنصر الاختصاص، وهو إن رأى أن الاختصاص كالملك، إلا أن الظاهر أن الاختصاص في تعريف القاضي حسين أعم من الملك، كما سبق النقل عن الإمامين السبكي وابن عابدين.

---

(1) انظر في تعريف الحق وفق هذه الاتجاهات: الدكتور أحمد محمود الخولي، المرجع السابق من ص42 إلى ص 52.

(2) الدكتورة شادية محمد أحمد كعكي، الحقوق المقدمة عند التزاحم، ص 6. فقد نقلت تعريف الشيخ عن كتابه النظريات العامة للمعاملات، وقامت بشرحه نقلًا عن الكتاب المذكور.

8. ثانيًا: علاقة الحق بالحكم الشرعي:

الحكم الشرعي عند الأصوليين هو: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على جهة الاقتضاء أو التخيير"، قال الأسنوي (ت:772هـ): "وزاد ابن الحاجب (ت:646هـ): "أو الوضع" ليدخل جعل الشيء سببًا، أو شرطًا، أو مانعًا، كجعل الله تعالى زوال الشمس موجبًا للظهر، وجعله الطهارة شرطًا لصحة الصلاة والنجاسة مانعة من صحتها، فإن الجعل المذكور حكم شرعي، لأنا إنما استفدناه من الشارع وليس فيه طلب ولا تخيير، لأنه ليس من أفعالنا حتى يطلب منا أو نخير فيه".(1)

وعلى هذا فالحكم الشرعي ينقسم قسمين: الحكم التكليفي، وهو الذي يقتضي طلبًا أو تخييرًا، والحكم الوضعي، وهو ما زاده ابن الحاجب رحمه الله تعالى.

والحكم الشرعي في اصطلاح الفقهاء هو أثر ذلك الخطاب التكليفي، وهو ما يأتي به المكلف، والذي يأتي به المكلف لا يخلو أن يكون واجبًا أو مندوبًا، أو حرامًا أو مكروهًا أو مباحًا، وزاد الحنفية الفرض والمكروه كراهة تحريم(2)، وينقسم الواجب باعتبار المكلف بأدائه قسمين: واجب عيني، وواجب كفائي.

---

(1) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للعلامة: أبي محمد عبدالرحيم بن الحسن الأسنوي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت (1400هـ) تحقيق: د. محمد حسن هيتو جـ 1 ص 48.
وهذا على قول عند الأصوليين في أن الوضع من الحكم كما ذهب إليه ابن الحاجب، وذهب بعضهم إلى أنه ليس من الحكم، قال العطار:" وأما خطاب الوضع الآتي فليس من الحكم المتعارف كما مشى عليه المصنف، ومن جعله منه، كما اختاره ابن الحاجب، زاد في التعريف السابق ما يدخله، فقال: خطاب الله المتعلق بفعل المكلف بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، لكنه لا يشمل من الوضع ما متعلقه غير فعل المكلف، كالزوال سببًا لزوال الظهر".
يراجع: حاشية العطار على جمع الجوامع، للعلامة: حسن العطار، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1420هـ/ 1999م) جـ1 ص74، 75.

(2) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول جـ1 ص 48؛ شرح التلويح على التوضيح للعلامة: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت (1416هـ/ 1966م) تحقيق: زكريا عميرات جـ1 ص27؛ ومعه التوضيح في حل غوامض التنقيح، للعلامة: عبيدالله بن مسعود جـ1 ص16.

والحق له علاقة بالحكم الشرعي بقسميه، وبيان ذلك أن الحكم التكليفي يتعلق بأفعال الإنسان، وهذه الأفعال بالنظر إلى من ثبتت عليه تعد تكليفاً وتتنوع إلى الأنواع السابق ذكرها، وبالنظر إلى من ثبتت له تسمى حقّاً، سواء كانت لله تعالى أو للإنسان، أو لله وللإنسان، كما يأتي في أقسام الحق، فظهر من ذلك أن الحق له صلة وعلاقة بالحكم التكليفي.(1)

ومما يوضح وجود العلاقة بين الحق والحكم ما ذهب إليه الإمام القرافي في تعريفه للحق بأنه:" حق الله أمره ونهيه وحق العبد مصالحه"(2)، فعلى الرغم من تعقب ابن الشاط(ت: 723هـ) لما قاله في الإشكال الحاصل في التعريف من أن الحق هنا هو الأمر والنهي، و ما دل عليه الحديث أن الحق هو العبادة لا الأمر بها، قال ابن الشاط:" وكيف يصح القول بأن حق الله تعالى هو أمره ونهيه، والحق معناه اللازم له على عباده، واللازم على العبد لا بد أن يكون مكتسبًا لهم؟"(3)، فعلى الرغم من هذا كله إلا أنه يمكن فهم تعريف الإمام القرافي، بما يزيل هذا الإشكال وبما يوضح الصلة بين الحق والحكم الشرعي الذي هو الخطاب وأثر الخطاب بمفهوم الفقهاء والأصوليين، يمكن فهم تعريفه وفق اتجاهين في تحديد مفهوم الحق:

الأول: النظر إلى التكليف نفسه وهو الأمر والنهي، فهذا حق الله تعالى لا يشاركه فيه أحد، فهو المشرع الذي يكلف عباده بما شاء، ولا معقب لحكمه سبحانه وتعالى.

والثاني: النظر إلى متعلق الأمر والنهي، أو التكليف، ومتعلقه فعل المكلف، ومقصود الشرع من هذا التعلق تحقيق مصالح العبد في العاجل

---

(1) الدكتورة شادية محمد أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 15.
(2) الفروق جـ 1 ص 256.
(3) إدرار الشروق على أنواء الفروق جـ 1 ص 258.

والآجل، وهذه المصالح أو المنافع قد تكون عامة متعلقة بالمجموع، وهذا ما يطلق عليه حق الله تعالى، وقد تكون خاصة بفرد بعينه، وهذا يطلق عليه حق العبد[1]، وقد تكون متعلقة بالمجموع والفرد، وهذا هو الحق المشترك بين الله تعالى والعبد.

فظهر أن حق الله تعالى له صله بالحكم الشرعي من جهتين: جهة الخطاب والتكليف، وهو المقصود بأمره ونهيه، وجهة تعلق الخطاب بفعل المكلف الذي هو أثر الأمر والنهي، حيث عموم النفع المترتب على التكليف يكون هو الأساس في الإسناد وإضافة الحق إليه سبحانه وتعالى. وما عدا هذا هو حق العباد، ويكون في أثر الخطاب على الدوام.

هذا من ناحية صلة الحق بالحكم التكليفي، أما صلته بالحكم الوضعي فتظهر في أنه قد يكون سببًا للحق أو شرطًا له أو مانعًا منه[2]، فكل أسبابه وشروطه وموانعه هي أحكام وضعية شرعًا.

وقد يثور تساؤل بخصوص علاقة الحق بالحكم الشرعي وصلته به، عن صلته أيضًا بالرخصة والإباحة، ونخصص لبيان ذلك الفقرة الآتية.

9- علاقة الحق بالرخصة والإباحة:

الذي يثبت للعبد في مرحلة ما قد لا يكون حقًّا بالمعنى السابق الذي يعني الاختصاص والاستئثار، بل ما يكون له يمثل رخصة أو إباحة في مرحلة سابقة على الاختصاص، وهنا تأتي علاقة الحق بالرخصة، إذ هي لا تكون حقًّا يثمر عن اختصاص صاحبه به أو استئثاره بثمراته دون غيره، حتى يكون غيره

---

(1) ويلاحظ في هذا الخصوص منهجية بعض الفقهاء في تقسيم الحقوق، ومن خلالها يتضح عدم وجود حق محض للعبد، وسيأتي بيان ذلك في أنواع الحقوق إن شاء الله تعالى.

(2) الدكتورة شادية محمد أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 16.

ممنوعًا من الاعتداء عليه، بل هي تعطي مكنة أن يملك الفرد شيئًا ما فيصير له حقًّا، ومن ثم فهي على الدوام سابقة على الحق.

وقد ضرب الدكتور عبدالرزاق السنهوري (ت:1971م) مثالًا لذلك بحرية التملك والملكية، فحرية التملك رخصة أو إباحة، فلكل واحد أن يتملك، أما الملكية فحق.(1)

وذهب إلى إنه توجد منزلة وسطى بين الرخصة والحق، هي أعلى من الرخصة وأدني من الحق، ففي مثال حرية التملك، لو أن شخصًا رأى دارًا أعجبته ورغب في شرائها، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له حق التملك في الدار وفي غيرها، فهذه رخصة، وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار، وهذا حق، ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في مرحلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار؛ فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها، وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار، بل هو بين بين، له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك.(2)

وهذه المنزلة عرفها الفقه الإسلامي في فترة متقدمة، فقد جاء في كلام الإمام القرافي ما يفيد وجودها عند فقهاء المالكية قبله، فقد قال في الفرق الحادي والعشرين والمائة بين قاعدة من ملك أن يملك هل يعد مالكًا أم لا وبين قاعدة من انعقد لهِ سبب المطالبة بالملك هل يعد مالكًا أم لا؟ فذكر الفرق وبيَّن بطلان التفريع الفقهي المبني على هذه القاعدة في نظر علماء المذهب، قال: "اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضي الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم: من ملك أن

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى (1997م) جـ1 ص9.

(2) مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ1 ص9.

يملك هل يعد مالكًا أم لا؟ قولان". ثم ذكر تفريعات علماء المذهب عليها وبيين بطلانها[1]، ثم قال:" بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ويجري فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها: أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع، ولذلك مسائل:

المسألة الأولى: إذا حيزت الغنيمة فقد انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتمليك فهل يعدون مالكين لذلك أم لا؟قولان: فقيل: يملكون بالحوز

---

(1) ذكر القرافي رحمه الله تعالى هذه التفريعات في الفروق جـ 3 ص 38 وما بعدها، فقال:" ويخرجون على ذلك فروعًا كثيرة في المذهب، منها: إذا وهب له الماء في التيمم هل يبطل تيممه بناء على أنه يعد مالكًا؟ أم لا يبطل بناء على أنه لا يعد مالكًا؟. ومن عنده ثمن رقبة هل يجوز له الانتقال للصوم في كفارة الظهار أم لا؟ قولان مبنيان على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكًا أم لا؟. ومن قدر على المداواة في السلس أو التزويج هل يجب عليه الوضوء أم لا قولان بناء على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكًا أم لا؟. وكثير من هذه الفروع زعموا أنها مخرجة على هذه القاعدة وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة وتلك الفروع لها مدارك غير ما ذكروه. وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكًا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين؟!. وإذا كان الآن قادرًا على أن يتزوج فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة، لأنه ملك أن يملك عصمتها. والإنسان مالك أن يملك خادمًا أو دابة فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكًا لهما فيجب عليه كلفتهما ومئونتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة؟ بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه. وكذلك الإنسان يملك أن يشتري أقاربه فهل يعده أحد من الفقهاء مالكًا لقريبه فيعتقه عليه قبل شرائه على أحد القولين في هذه القاعدة على زعم من اعتقدها؟. بل هذا كله باطل بالضرورة، ونظائر هذه الفروع كثيرة لا تعد ولا تحصى ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة البتة".

ويراجع في التعليل بهذه القاعدة من ملك أن يملك هل يعد مالكًا في كتب المالكية: شرح الخرشي على مختصر خليل، للعلامة: محمد الخرشي ط: دار الفكر، بيروت جـ 2 ص 179؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للعلامة: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، ط: دار الفكر، بيروت (1415هـ) جـ 1 ص 334، 335؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للعلامة: محمد عرفه الدسوقي، مطبوع مع الشرح الكبير للدردير، ط: دار الفكر، بيروت جـ 3 ص 479؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المعروفة ببلغة السالك، للعلامة: أحمد الصاوي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1415هـ/ 1995م) تحقيق: محمد عبدالسلام شاهين جـ 1 ص 379.

والأخذ، وهو مذهب الشافعي رحمه الله (ت:204هـ)، وقيل: لا يملكون إلا بالقسمة، وهو مذهب مالك رحمه الله (ت:179هـ).

المسألة الثانية: العامل في القراض وُجد في حقه سبب يقتضي المطالبة بالقيمة وإعطاء نصيبه من الربح فهل يعد مالكًا بالظهور أو لا يملك إلا بالقسمة وهو المشهور؟ قولان في المذهب.

المسألة الثالثة: العامل في المساقاة وجد في حقه من العمل ما يقتضي المطالبة بالقسمة وتمليك نصيبه من الثمن فهل لا يملك إلا بالقسمة أو يملك بالظهور وهو المشهور على عكس القراض؟ قولان في المذهب".[1]

واستظهر الدكتور السنهوري من قول القرافي: من ملك أن يملك، أنه تعبير عن صاحب الرخصة، وقوله: من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، أنه تعبير عن صاحب المنزلة الوسطى.[2]

ووكما سبق فإن الإمام القرافي ينكر الملك لصاحب الرخصة، لكن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالملك ففيه الخلاف وفيه النظر، وأما من ملك بالفعل فهو صاحب حق.

والظاهر أن ما ذكر إنما هو في علاقة الحق بالملك الخاص، وأن كل ملك خاص حق، وليس كل حق ملكًا، بل قد يقال لأمر ما: فيه حق مع أنه ليس فيه ملك، وهذا ظاهر من عبارة ابن حجر الهيتمي السابق نقلها عنه رحمه الله تعالى[3]، وهذا في الغالب يكون في الحق العام المملوك للجماعة، ولكي يتصور فيه الملك الخاص فإنه يلزم وجود السبب المقتضي لذلك، من شروع في الانتفاع بثمرات الحق، ففي هذه الحالة يبرز الملك الخاص الذي يرتب الحق

(1) الفروق جـ 3 من ص 38 – 40.
(2) مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 1 ص10.
(3) الفتاوى الكبرى جـ 2 ص 191.

والاختصاص المحمي من اعتداء الغير عليه، وإلا فإنه لا يرتب اختصاص فضلًا عن ملك[1]، كما سبق ذكر ذلك.

فهناك فرق بين الحق والملك، فالحق قد يثبت ويوجد دون ملك، كحق الإنسان في إحراز المباح، فهذا حق له، ولكنه لا يعد به مالكًا إلا بإيجاد سبب يقتضي الملك.

المطلب الثاني

تعريف التزاحم وعلاقته بغيره مما له صلة به

10- تمهيد:

مصطلح التزاحم هو الذي يرد كثيرًا في بحث الحقوق المقدمة على لسان الفقهاء، ونادرًا ما يأتي مصطلح التعارض أو التنازع بين الحقوق، ومن ثم يثور التساؤل عن حقيقة كل مصطلح منها والعلاقة التي توجد بينها، كما أن التزاحم له صلة وعلاقة بكل من فقه الأولويات والتداخل في الأحكام الشرعية، ومن ثم يحسن بيان تلك الصلة، وعليه نقسم هذا المطلب إلى فقرات نعرف فيها التزاحم وعلاقته بالتعارض والتنازع وفقه الأولويات والتداخل بين العقوبات.

11- تعريف التزاحم:

التزاحم مصدر للفعل تزَاحَم، وهو في لسان العرب يطلق على الانضمام في شدة، قال ابن فارس (ت:395هـ): الزاء والحاء والميم أصل يدل على انضمام في شدة يقال زحمه يزحمه وازدحم الناس"[2]، وقال ابن منظور

(1) في هذا المعنى: المبدع في شرح المقنع، للعلامة: أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، ط: المكتب الإسلامي، بيروت (1400هـ) جـ 5 ص 259 وما بعدها.

(2) معجم مقاييس اللغة، للعلامة: أبي الحسين أحمد بن فارس، ط: دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية (1420هـ/ 1999م) تحقيق: عبدالسلام محمد هارون جـ 3 ص 49، وفي المعنى نفسه: لسان العرب جـ 12 ص 262.

(ت:711هـ):" الزحم: أن يزحم القوم بعضهم بعضًا من كثرة الزحام إذا ازدحموا، الزحمة الزحام وزحم القوم بعضهم بعضًا يزحمونهم زحمًا وزحامًا: ضايقوهم، ازدحموا وتزاحموا: تضايقوا..".[1]

كما يطلق على القرب من الشيء وبلوغه، وعلى الاقتراب والاجتماع، يقال:زاحم فلان الخمسين إذا قاربها وبلغها.[2]

وقال الحربي (ت:285هـ):" والزحام: التزاحم. يقال: إذا تقارب الناس بعضهم من بعض، وكذلك الأمواج إذا تقاربت واجتمعت قيل: تزاحمت".[3]

والتزاحم يقتضي وجود أمرين والمشاركة بينهما، وذلك كلفظ التقاتل والتقابل والتماثل، وهذه المشاركة تأتي من أن حقين يشتركان في محل واحد، وكل منها يريد أن يثبت فيه، كليًّا أو جزئيًا.

والتزاحم في اصطلاح الفقهاء قريب من معناه في اللغة، وممن عرفه من الفقهاء الإمام الزركشي الشافعي، فقد عرفه بقوله: "التزاحم: توارد الحقوق وازدحامها على محل واحد"[4]، بحيث تكون الحقوق المتزاحمة ثابتة كما سيأتي في تحديد نطاق التزاحم، فإذا كان أحد الحقين الواردين على محل واحد غير ثابت وموجود، كأن منع منه مانع، لم يكن هناك تزاحم، لوجود المانع من الحق.

---

(1) لسان العرب جـ 12 ص 262؛ وفي المعنى نفسه: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للعلامة: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ط: المكتبة العلمية، بيروت جـ 1 ص 232.

(2) لسان العرب جـ 12 ص 262؛ تاج العروس من جواهر القاموس، للعلامة: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، ط: دار الهداية جـ 32 ص 307.

(3) غريب الحديث، للعلامة: أبي إسحاق إبراهيم بن إسحاق الحربي، ط: جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى (1405هـ) تحقيق: د. سليمان إبراهيم محمد العايد جـ 2 ص 478.

(4) المنثور في القواعد، للعلامة: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، ط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية (1405هـ) تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود جـ 1 ص284.

وذهب بعض الباحثين إلى أن التزاحم يعني: تعارض حكمين شرعيين في الواقع العملي على نحو يعجز معه المكلف عن الجمع بينهما، فيضطر إلى اختيار أحدهما وإعطائه الأولية في التنفيذ والعمل.[1]

غير أن هذا التعريف لا يصدق على بعض حالات التزاحم التي يتم فيها العمل بكل الحقوق بصورة جزئية، بأن يترتب عليه ترك بعض الحق والعمل ببعضه لسبب يدعو إلى ذلك، كما في تزاحم الورثة، كما يأتي، ومن هنا يكون التعريف غير جامع، إلا إذا كان قصده من قوله: على نحو يعجز معه المكلف عن الجمع بينهما بصورة كلية أو جزئية، وهو غير صريح في هذا.

وعليه فإذا كان الحق موجودًا مع حق آخر في المحل، فإن التزاحم يحصل، سواء أمكن العمل بجميع الحقوق، أو لم يمكن، بل تركنا واحدًا منها بالكلية لمرجح، أو تركناه بصورة جزئية، ففي كل هذه الصور يتحقق التزاحم، غير أنه في صورة الإتيان بالحقوق جميعًا لا يكون تزاحمًا حقيقيًّا، إن جاز التعبير، كما يأتي.

والصور التي توضح التزاحم المؤدي إلى ترك واحد من الحقوق والعمل بواحد كثيرة، ويمكن التمثيل بصورة منها بحق الحضانة الثابت للحاضنين، فكل منهم يريد الحضانة، ولكن يقدم بعضهم على البعض الآخر لمعنى اقتضى تقديمه عليه، وكذلك التزاحم المؤدي إلى فوات جزء من الحق يمكن التمثيل له بتزاحم الورثة أصحاب الفروض في المسألة بحيث لا تفي التركة بحق كل صاحب فرض، فمع استوائهم في السبب الموجب للاستحقاق لا يمكن إهمال حق واحد منهم، كما أن ضيق التركة عن أنصبة الكل لا يمكن معه الإتيان بها جميعًا، وأمام هذا لابد من التضحية بجزء من حق كل وارث بنسبة هذا الحق، وعلى هذا لا يصدق أننا ضحينا بكل الحق، بل بجزء منه.

---

(1) الدكتور مسفر بن علي القحطاني، أثر المنهج الأصولي في ترشيد العمل الإسلامي، المرجع السابق ص 78.

لكن إن وجد مانع فلا يثبت الحق معه، ومن ثم لا يكون هناك تـزاحم، ويتضح هذا في تزاحم حق المرتهن مع حق الله تعالى في العين المرهونة التـي وجبت فيها الزكاة عند الجمهور من العلماء، فكلا الحقين ورد على محل واحد، وهي العين المرهونة، ولا يوجد مانع يمنع من واحد منهما، فيبحث عن مـرجح إن لم يمكن العمل بها جميعًا.

لكن على مذهب الحنفية، فنظرًا لأنهم يجعلون الرهن مانعًا من وجـوب الزكاة في العين المرهونة، فلا تزاحم بين الحقوق، بل الواجب فيها حق واحـد، وهو حق المرتهن في استيفاء دينه من هذه العين، وسيأتي بيان ذلك فيما بعد.

وهناك علاقة وثيقة بين المعنى اللغوي والمعنـى الاصـطلاحي عنـد الفقهاء؛ ذلك أن الحقوق تتوارد على محل واحد وتجتمع عليه بحيـث تتـزاحم عليه، وتزاحمها يؤدي إلى تنازع الحقوق فيما بينها وتجاذبها، بحيث كـأن كـل واحد منها يريد أن يثبت في المحل، فيؤدي إلى ضيق وشـدة علـى المكلـف فيصعب عليه الإتيان بها جميعا، بما يرتب لزوم البحث عن واحد منها يقدم مـع دفع وطرح الباقي كليًّا أو جزئيًّا، ويؤيد هذا ما فسر به البهوتي (ت:1051هـ)، لفظ الضيق الوارد في كلام الإقناع بـالتزاحم فـي بحـث الحقـوق المقدمـة، فقال:"(وعند الضيق) أي التزاحم (يقدم الآدمي) في السقي لأنه أشد حرمة (ثـم) تقدم (البهائم) لأن لها حرمة (ثم) يسقى (الزرع)"[1]، أي تبعًا لترتيب الأجنـاس والأنواع في الوجود، ولما كان النبات والحيوان مسخرين للإنسان فيقدم جـنس الإنسان على باقي الأنواع الأخرى.

---

(1) كشاف القناع عن متن الإقناع، للعلامة: منصور بن يونس بن إدريس البهـوتي، ط: دار الفكـر، بيروت (1402هـ) تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال جـ 4 ص 190.

12- علاقة التزاحم بالتعارض والتنازع:

التعارض عند الأصوليين هو: "تقابل الدليلين على وجــه الممانعــة"[1]، بأن" يقتضي أحدهما ثبوت أمر، والآخر انتفاءه في محل واحد، في زمان واحد، بشرط تساويهما في القوة أو زيادة أحدهما بوصف هو تابع".[2]

ومثاله: تعارض ما رواه أبو داود (ت:275هـ) من حديث عبدالله بن عمر عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث"[3] لما رواه أيضًا من حديث أبي سعيد الخدري أنه قيل لرسول الله ﷺ: أنتوضأ من بئر بضاعة، وهي بئر يطرح فيها الحيض ولحم الكلاب والنتن، فقال رسول الله ﷺ: "الماء طهور لا ينجسه شيء"[4]، فالأول ينفي الطهورية للماء فيمــا قــل عــن القلتين، ولو لم يتغير، والحديث الثاني يثبت هذه الطهورية له، مع تساوي كــلا الحديثين في القوة.[5]

---

(1) البحر المحيط في أصول الفقه، للعلامة: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبــد الله الزركــشي ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1421هـ/ 2000م) تحقيق: د. محمد محمد تامر جـ 4 ص 407.

(2) شرح التلويح على التوضيح جـ 2 ص 216.

(3) سنن أبي داود، للإمام سليمان بن الأشعث السجستاني، كتاب الطهارة، باب ما ينجس مــن المــاء، حديث رقم 63 جـ 1 ص 17 ط: دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

(4) سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب ما جاء في بئر بضاعة، حديث رقم 66 جـ 1 ص 17.

(5) وذهب البعض إلى أنه يمكن رفع التعارض بينهما في اللجوء إلى مقاصد الــشريعة العامــة، بــأن ينظر إلى الدليل الذي فيه يسر ويقدم على الدليل الذي فيه عسر، لما علم من مقاصد الشريعة اليسر لا العسر، وعليه فإذا حلّت نجاسة في ماء دون القلتين ولم تغيّره فيصح التطهير به على الحــديث الثاني دون الأول، ففي العمل بالثاني يسر، فيرجح لما فيه من مصلحة ويسر مقصود للشارع، قال تعالى:﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾.

يراجع في ذلك: شيخنا الدكتور زين العابدين العبد محمد النور، مقاصد الشريعة، مــذكرات غيــر منشورة ص 6.

والظاهر أن التزاحم يشمل التعارض وزيادة، ذلك أن التعارض إذا كان يعني تقابل أمرين على وجه الممانعة بحيث يقتضي أحدهما خلاف ما يقتضيه الآخر، فإن هذا المعنى موجود في التزاحم في حال عدم إمكان الجمع بين الحقوق بحال، لأنه يرتب، في هذه الحالة، ثبوت أحد الحقين في المحل ونفي الآخر لمرجح أدى إلى ذلك، سواء كان هذا المرجح راجعًا إلى الحق نفسه، أو إلى صاحبه، وسواء كان الإقصاء للحق كليًّا أو جزئيًّا، فكأنه قد تعارض الحقان في الثبوت في المحل الواحد.

وهذا المعنى قد جرى على لسان الفقهاء، ذلك أن الإمام الكاساني (ت:587هـ) علل في بعض المواضع للحكم بانتفاء التزاحم ثم عطف عليه التعارض، والاقتران بين الشيئين يوجب المساواة في الحكم، فهما عنده بمعنى واحد، ونص ما قاله:" وعلى هذا يخرج ما إذا كان للدار شفيعان فأسقط أحدهما الشفعة، أن للآخر أن يأخذ كل الدار بالشفعة، لوجود سبب الاستحقاق للكل في حق كل واحد منهما، وإنما القسمة للتزاحم والتعارض، على ما بينا، فإذا أسقط أحدهما زال التزاحم والتعارض، فظهر حق الآخر في الكل فيأخذ الكل".[1]

فنراه في هذا النص قد جعل التزاحم أو التعارض يحصل مع عدم إمكان الجمع بين الحقوق بصورة كلية، بل يؤدي توارد الحقوق، في هذه الحالة، إلى وجود الحق بصورة ناقصة من حيث الاستحقاق، إذ كان في الإمكان الحصول على كل المشفوع فيه لو انفرد به واحد، فلما وجد أكثر من صاحب حق وجد التزاحم، ولم يستحق واحد منهم المشفوع فيه كاملًا، فإذا أسقط أحدهم حقه ظهر حق الآخر في الكل.

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ط: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية (1982م) جـ 5 ص 6.

وفي بعض حالات التزاحم لا يتصور معه تعارض بالمعنى السابق، بل تثبت كل الحقوق في المحل، ويطلق الفقهاء عليه تزاحمًا، كما في تزاحم الورثة على الميراث في بعض الحالات، فإن حجب أحدهم لا يؤدي إلى انفراد المساوي له بالقدر الموروث لهما، بما يعني أن الحق في حال التزاحم هو نفسه في حال زواله، فلا ثبوت لأحدهما بصورة كلية أو جزئية ولا نفي للآخر بصورة كلية أو جزئية أيضًا، وهذا يعني أن هناك تزاحمًا ولا تعارض معه.

وتطبيقًا لذلك فإذا اجتمعت جدة هي أم أم وجدة هي أم أب وأب في المسألة فعلى الخلاف في حجب الجدة من جهة الأب به فهل يعود السدس كاملًا إلى الجدة التي تدلي بالأم، أو تستحق نصفه فقط؟ خلاف في الفقه الشافعي: الأصح أن لها السدس كاملًا، ومقابله لها نصف السدس(1)، فعلى مقابل الأصح وجد التزاحم دون تعارض؛ إذ لا أثر لوجود الجدة التي تدلي بالأب على حق الأخرى التي تدلي بالأم ثبوتًا أو نفيًا بصورة كلية أو جزئية.

وأما صلة التزاحم بالتنازع فالظاهر أنهما بمعنى واحد في هذا الباب أيضًا، ذلك أنه إذا التزاحم يعني توارد الحقوق على محل واحد، بما يقضي، في بعض الحالات، عدم إمكان الجمع بينها والعمل بها في وقت واحد، فإن التزاحم في هذه الحالة يعطي معنى التنازع في البقاء، فكأن الحقوق تتنازع فيما بينها في أيها يبقى ويعمل به.

ولعل ما يدل على أن التزاحم قريب في المعنى من التنازع أن كثيرًا من أئمة الفقه الشافعي ترجموا لباب الصلح وما ذكر معه، وفق منهج الفقه الشافعي في التأليف، وذكروا التزاحم وقرنوا به التنازع، فقالوا: "كتاب الصلح وما ذكر معه من التزاحم على الحقوق والتنازع فيها"(2)، والاقتران يقتضي المساواة في الحكم.

---

(1) المنثور في القواعد جـ 1 ص 287.

(2) يراجع في ذلك على سبيل المثال: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، للعلامة: أبي يحيى زكريا الأنصاري، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1422هـ/ 2000م) تحقيق: محمد محمد تامر جـ 2 ص 214؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للعلامة: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، ط: دار الفكر، بيروت (1404هـ/ 1984م) جـ 4 ص 382؛ مغني المحتاج جـ 2 ص 177.

وهل يلزم تساوي الحقوق في الرتبة حتى يحصل التزاحم؟ أو بعبارة أخرى هل يقال في التعارض بين الحقوق ما يقال في التعارض بين الأدلة من لزوم التساوي في القوة، كما نص عليه التفتازاني (ت:792هـ) في شرح التلويح؟ أو لا يلزم ذلك، بل يحصل التزاحم ولو لم تكن الحقوق متساوية، كما يحصل التعارض ولو لم تكن الأدلة متساوية في القوة؟ خلاف بين الأصوليين، نعرض له في الفقرة الآتية.

13- التزاحم يتسع للحقوق المتساوية والمتفاوتة، وفي التعارض بين الأدلة خلاف:

اختلف الأصوليون في تصور التعارض بين الأدلة عند عدم التساوي بينها، وقد عرض له الإمام الزركشي، رحمه الله تعالى عند كلامه على شروط التعارض، فقال:" أما شروطه فمنها التساوي في الثبوت، فلا تعارض بين الكتاب وخبر الواحد إلا من حيث الدلالة. ومنها التساوي في القوة، فلا تعارض بين المتواتر والآحاد، بل يقدم المتواتر بالاتفاق. كذا نقله إمام الحرمين (ت:487هـ) وغيره. لكن قال ابن كج (ت:405هـ)[1] في كتابه: إذا ورد خبران أحدهما متواتر والآخر آحاد، أو آية وخبر، ولم يمكن استعمالهما، وكانا يوجبان العمل، فمن المحتمل أن يقال يتعارضان ويرجع إلى غيرهما لاستوائهما في لزوم الحجة لو انفرد كل منهما، فلم يكن لأحدهما مزية على الآخر".[2]

(1) ابن كج هو القاضي أبو القاسم يوسف بن أحمد بن كج،أحد أئمة الشافعية الكبار. تلميذ أبي الحسين بن القطان، وكان يضرب به المثل في حفظ المذهب. وكج اسم للجص الذي يبيض به الحيطان نسبة الى جده. توفي في ليلة السابع والعشرين من رمضان سنة (405هـ).
يراجع: سير أعلام النبلاء، للعلامة: أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ، محمد نعيم العرقسوسي جـ 17 ص 183، 184.

(2) البحر المحيط جـ 4 ص 407.

والقول الأول عند الزركشي قال به الشيخ عليش من المالكية (ت:1299هـ) فقد قال:" التعارض شرط فيه تساوي الدليلين في القوة مع اقتضائهما وحدة الحكم والمحل والزمن، يعني إنما يتصور التعارض إذا لم يمكن الجمع والتوفيق المعتبر فيه نحو ما يكون من قبيل الحكم بأن يدفع اتحادهما، أو من قبيل المحل بدفع اتحادهما كذلك، أو من قبيل الزمن كذلك أيضًا".[1]

بل صرح بعض الأصوليين أن هذا القول هو الصحيح، قال التفتازاني: "وفي قوله: فإن تساويا قوة إشارة إلى جواز تحقق التعارض من غير ترجيح على ما هو الصحيح، إذ لا مانع من ذلك، والحكم حينئذ هو التوقف، وجعل الدليلين بمنزلة العدم لا يلزم اجتماع النقيضين، أو ارتفاعهما، أو التحكم، كما لا يلزم شيء من ذلك عند عدم شيء من الدليلين".[2]

هذا من حيث تصور التعارض بين الأدلة الشرعية، وأما في مجال تزاحم الحقوق فالظاهر عدم لزوم التساوي بين الحقوق لوجود التزاحم بينها، ذلك أن الإمام العز بن عبدالسلام عند بيانه لأقسام الحقوق وتقديم بعضها على البعض الآخر، لم يجعل التزاحم منوطًا بالتساوي، بل كان التزاحم متصورًا مع وجود التفاوت بين المصالح المترتبة على الحقوق، فقال: "الفصل الأول: في تقديم حقوق الله بعضها على بعض عند تعذر جمعها وعند تيسره لتفاوت مصالحها".[3]

فالظاهر من كلامه رحمه الله تعالى أن تقديم حق على آخر ممكن عند تعذر الجمع بينها، أو حتى عند تيسره، لوجود مرجح يرجح بعضها على بعض،

---

(1) إيضاح إيداع حكمة الحكيم في بيان بسم الله الرحمن الرحيم، للعلامة: أبي عبدالله محمد أحمد محمد عليش، ط: مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى (1373هـ/ 1954م) ص 44.
(2) شرح التلويح على التوضيح جـ 2 ص 216.
(3) قواعد الأحكام جـ 1 ص 142.

وهو أن المصالح المترتبة عليها ليست على حد سواء، مع أن هذه الحقوق متساوية في الظاهر.

وقد فرع على ذلك" أن المسافر إذا عرف أنه يجد الماء في آخر الوقت فتأخير الصلاة أفضل من المبادرة إليها بالتيمم، وهاتان فضيلتان لا يمكن الجمع بينهما، وإنما قدمنا التأخير لأنه راجع إلى رعاية الشروط، وما رجع إلى رعاية الشروط والأركان أولى مما رجع إلى السنن والآداب، ويدل على ذلك أن المبادر مخير بين المبادرة وتركها والقادر على الماء لا يتخير بينه وبين التيمم لشرفه وعلو رتبته".[1]

وعلى هذا النظر فالتفريع الفقهي لتزاحم الحقوق يمشي مع ما نقله الإمام الزركشي عن ابن كج، رحمهما الله تعالى، في التعارض، حيث يمكن التزاحم بين الحقوق، سواء كانت متساوية في القوة، أو كانت متفاوتة.

14- علاقة التزاحم بفقه الأولويات:

مصطلح فقه الأولويات من المصطلحات الحديثة التي ظهرت في ميدان الدعوة الإسلامية بقصد معالجة بعض الأوضاع المقلوبة والتي طغى فيها الأدنى من المفاهيم على الأعلى، والمهم على الأهم والفرع على الأصل، وهكذا، فوجب وضع الأمور في نصابها[2]، غير أنه لم يعد قاصرًا على المجال البحثي في الدعوة بل تعاده إلى البحث الفقهي والأصولي، وممن أصل له وبين مباحثه

---

(1) قواعد الأحكام جـ 1 ص 143.

(2) وقد ورد عن بعض علماء أصول الفقه ما يدل على مضمون فقه الأولويات ومعناه، وذلك من خلال استعمالهم لمادة أَوْلى في عباراتهم التي تتضمن معنى الأحقية في الترجيح والتقديم بين الأدلة والأحكام الشرعية، وكثر ذلك في باب التعارض والترجيح.

يراجع في ذلك: نادية رازي، فقه الأولويات ودوره في الحكم على القضايا المعاصرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة باتنة، الجزائر (1427هـ/ 2006م) ص 22.

الدكتور يوسف القرضاوي، وقد عرفه فقه الأولويات بأنه:" قال:" وضع كل شيء في مرتبته بالعدل من الأحكام والقيم والأعمال، ثم يقدم الأولى فالأولى بناء على معايير شرعية صحيحة، يهدي إليها نور الوحي ونور العقل".(1)

وثمة علاقة بين بحث الحقوق المقدمة عند التزاحم وفقه الأولويات، وبيان ذلك أنه إذا كان التزاحم بين الحقوق يرتب تقديم حق على حق، بما يعني أن أحد الحقوق كان أولى من الآخر في العمل به، فإنه يتضح من ذلك أن هناك علاقة وطيدة بين نظرة الفقهاء في تقديم حق على آخر عند التزاحم وبين ما اصطلح عليه حديثًا بفقه الأولويات، أو ما اصطلح عليه بفقه الموازنات، لكن فقه الأولويات أو فقه الموازنات أعم في نطاقه وفي المجال الذي يعمل فيه من الحقوق المقدمة، ففقه الأولويات يعمل في مجال العلم والفكر، كما يعمل في مجال الفتوى والدعوة، وفي الحقوق، وفي المأمورات والمنهيات، وفي الإصلاح وغير ذلك، أما الحقوق المقدمة عند التزاحم فمجال التقديم والعمل بما هو أولى فيها يكون في الحقوق دون غيرها، ومن ثم فمجاله أخص من مجال فقه الأولويات.(2)

بل إن فقه الأولويات قد يتناول ضمن ما يتناوله إسناد الحق إلى من لا يتوفر فيه مقومات ذلك، مراعاة لمصلحة أو دفعًا لمفسدة، وهو ما يمكن أن يتناول تحت نظرية الظروف الطارئة، فيرى المجتهد أن الأولى عدم ترك هذه الحقوق انتظارًا لوجود الجدير بها وفق الضوابط الموضوعة لذلك، بل تسند إلى من تفقد في حقه بعض الضوابط تحقيقًا لمصلحة راجحة، أو دفعًا لضرر وفساد أكبر، ومن الأمثلة لذلك في القضايا المعاصرة: تولية المرأة المسلمة، وكذلك

---

(1) الدكتور يوسف القرضاوي، في فقه الأولويات، دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة، ط: مكتبة وهبة، القاهرة (1995م) ص 9.

(2) يراجع في تفصيل فقه الأولويات وبيان مجالاته: الدكتور يوسف القرضاوي، في فقه الأولويات، المرجع السابق.

غير المسلمين الوظائف العامة في الدولة الإسلامية، وتولية غير المجتهد منصب الخليفة.[1]

15- علاقة التزاحم بالتداخل بين العقوبات والكفارات:

يعني التداخل ترتب أثر واحد عند اجتماع أمرين، أو أكثر، متفقـين، أو مختلفين، من جنس واحد أو من جنسين، لدليل شرعي.[2]

ووفق هذا المعنى للتداخل فهو ثمرة التزاحم إذ هـو يقتـضي اجتمـاع أمرين، والاجتماع أمر لازم لحصول التداخل، ولذا أطلق عليه بعض البـاحثين بأنه مقدمة التداخل[3]، وعلى هذا فالتزاحم في بعض صوره يمكن أن يؤدي إلى التداخل، أي ترتب حكم واحد شرعي، فهو بهذا وسيلة من وسائل رفع التزاحم، قال الإمام السيوطي رحمه الله تعالى:" إذا اجتمع أمران من جنس واحـد، ولـم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالبًا".[4]

وتطبيقًا لذلك: فإذا زني مكلف أكثر من مرة فإنه يحكم عليه بحد الزّنـا مرة واحدة، فهنا تداخل بين عقوبات مجتمعة اتحد سببها، ولما كانت العقوبـات مشروعة لتحقيق مصالح المجموع، فيوجد حق الله في كل عقوبة علـى حـدة، نظرًا للإخلال الحاصل من كل جريمة على حدة، فكل جريمة موجبـة للعقوبـة بذاتها، لكن لما اتحد السبب تداخلت العقوبات المجتمعة، وطبقت عقوبة واحـدة منها، فكأن فيها تنازلًا عن بعض حقوق الله تعالى والعمل ببعضها الآخر، غيـر

---

(1) يراجع في ذلك: نادية رازي، المرجع السابق من ص 119 إلى 149، والمقدمة ص 5، 6.

(2) الدكتور محمد خالد عبدالعزيز منصور، التداخل وأثره في الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بالجامعة الأردنية سنة 1997م، وطبعت في دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة الأولى (1418هـ/ 1998م) ص 18.

(3) الدكتور محمد خالد عبدالعزيز منصور، الرسالة السابقة ص 20.

(4) الأشباه والنظائر ص 126.

أن واحدًا منها ليس معلومًا ولا متعينًا[1]، ويقال هذا أيضًا في تداخل الكفـــارات، فكل إخلال بالتكليف الشرعي موجب لكفارة على حدة، لكن لما اتحد الموجـــب تداخلت ووجبت واحدة منها فقط.

ومع وجود هذه العلاقة بين التزاحم والتداخل إلا أن الأخير أضيق نطاقًا من الأول، ذلك أن التزاحم يمكن أن يحصل ويوجد ولا يكون هناك تداخل، كما في التزاحم بين الحقوق مع إمكان الجمع بينها.

---

(1) يراجع في ذلك: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للعلامة: محمد الخطيب الشربيني، ط: دار الفكر، بيروت جـــ 4 ص 184 وما بعدها؛ ويراجع في موضوع التداخل والآثار المترتبة عليه: الدكتور إبراهيم رفعت الجمال، التداخل وأثره في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، عام 1995؛ الـــدكتور محمـــد خالـــد عبـــدالعزيز منصور، الرسالة السابقة.

المبحث الثاني

أنواع الحقوق وأقسام التزاحم ونطاقه

16- تمهيد وتقسيم:

تنوعت وجهات نظر الفقهاء في تقسيم الحقوق، وهذا التقسيم قـائم فـي أغلبه على التتبع للحقوق الثابتة بالشرع ثم الخلوص إلى حكم بإسناد أمر إلى أمر أو نفيه عنه، وقد تختلف وجه نظر الفقيه بعد التتبع والاستقراء في النتيجة التـي انتهى إليها، أو في الحكم الثابت بالاستقراء عن الفقيه الآخر، مما يؤثر في ثبوت بعض الحقوق وإسنادها إلى صاحب حق بعينه، وهذا الأمر له اعتبار في فهـم نظر الفقهاء في التعامل مع ترتيب الحقوق ومنازلها وقيمة كل منها، مما يـؤدي إلى الوقوف على الحالة التي يحصل فيها التزاحم بين الحقوق وتحديد نطاقهـا. وقد أسهم بعض الفقهاء في تقسيم التزاحم بما يلزم الوقوف على هـذا الاجتهـاد الفقهي.

وعلى هذا فنعرض لنظر الفقهاء في تقسيم الحقوق، وذلك في المطلـب الأول، ثم نبين في المطلب الثاني أقسام التزاحم، والحالة التي يحصل ويتـصور فيها، أو بعبارة أخرى: نحدد نطاق التزاحم المقصود في هذا البحث.

المطلب الأول

أنواع الحقوق

17- تقسيم:

كان المنهج المتبع عند الفقهاء في تقسيم الحق هو النظر إلى من أسند إليه الحق، والنظر إلى محل الحق ومتعلقه، كذلك إلى النظر إلى رتبة الحق ودرجته، وكان الأساس، في الأعم الأغلب، في التقسيم هو الاستقراء للحقوق.

ونعرض فيما يأتي لتقسيم الحقوق بهذه الاعتبارات فيما يأتي.

18- أولاً: تقسيم الحقوق بالنظر إلى من أسندت إليه:

لم يكن المسند إليه الحق محل اتفاق بين الفقهاء في تعدادهم لأنواع الحقوق، مما أثر في عدد الحقوق نفسها، ففي نظر الجمهور أن العبد يمكن أن يسند إليه الحق على سبيل الاستقلال، أو بعبارة أخرى: يمكن أن يثبت له حق محض، في حين لم يسلم بذلك الإمام الشاطبي (ت:792هـ)، وهو قريب مما ذهب إليه الإمام العز بن عبدالسلام في تقسيم الحقوق، وهي وجهة نظر جديرة بالاعتبار ولوقوف أمامها، إذا هي مثمرة عن سلب حق للعبد، ولو من جهة نظرية محضة، قد تخالف منهج جمهور الفقهاء في هذا الجانب النظري.

ونعرض لوجهتيَ النظر هاتين فيما يأتي.

19ـ مذهب الجمهور في تقسيم الحقوق:

ثبت بالاستقراء والتتبع لدى جمهور الفقهاء عند بحثهم للمحكوم به، وهو فعل المكلف الذي يتعلق به خطاب الشارع، أن الحقوق تتنوع إلى أربعة أنواع:

الأول: حقوق الله تعالى الخالصة:

وقد عرفها القرافي بقوله: "حق الله أمره ونهيه" ثم استشكل ما تعلق بحق الله تعالى فقال:" ما تقدم من أن حق الله تعالى أمره ونهيه مشكل بما في

الحديث الصحيح عن رسول الله ﷺ أنه قال: "حق الله تعالى على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئًا"[1]، فيقتضي أن حق الله تعالى على العباد نفس الفعل لا الأمر به، وهو خلاف ما نقلته قبل هذا، والظاهر أن الحديث مؤول، وأنه من باب إطلاق الأمر على متعلقه الذي هو الفعل، وبالجملة فظاهره معارض لما حرره العلماء من حق الله تعالى، ولا يفهم من قولنا: الصلاة حق الله تعالى إلا أمره بها، إذ لو فرضنا أنه غير مأمور بها لم يصدق أنها حق الله تعالى، فنجزم بأن الحق هو نفس الأمر لا الفعل، وما وقع من ذلك مؤول".[2]

وقد تعقبه ابن الشاط فقال:" قلت: جميع ما قاله هنا غير صحيح، وهو نقيض الحق، وخلاف الصواب، بل الحق والصواب ما اقتضاه ظاهر الحديث من أن الحق هو عين العبادة لا الأمر المتعلق بها، ومن أعجب الأمور قوله: فظاهره معارض لما حرره العلماء من حق الله تعالى، وكيف يحرر العلماء ما يخالف قول الصادق المصدق؟ ويا ليت شعري من هؤلاء العلماء، وكيف يصح القول بأن حق الله تعالى هو أمره ونهيه، والحق معناه اللازم له على عباده، واللازم على العبد لا بد أن يكون مكتسبًا لهم؟ وكيف يصح أن يتعلق الكسب بأمره وهو كلامه وهو صفته القديمة؟".[3] وقد انتهى ابن حسين المكي إلى مثل ما انتهى إليه ابن الشاط ووافقه عليه.[4]

---

(1) متفق عليه؛ فقد أخرجه البخاري ومسلم من حديث سيدنا معاذ بن جبل.
يراجع صحيح البخاري، للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، كتاب اللباس، باب الارتداف على الدابة، حديث رقم 5622 جـ 5 ص 2224 ط: دار ابن كثير، بيروت، الطبعة الثالثة (1407هـ/ 1987م) تحقيق: د. مصطفى ديب البغا؛ صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من مات على التوحيد دخل الجنة قطعًا، حديث رقم 30 جـ 1 ص 58 ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي.

(2) الفروق جـ 1 ص 256 وما بعدها إلى ص 259.

(3) إدرار الشروق على أنواء الفروق، جـ 1 ص 258.

(4) تهذيب الفروق، للعلامةمحمد علي بن حسين المكي، مطبوع بهامش الفروق، ط: دار الكتب العلمية، بيروت جـ 1 ص 256.

وسبق القول بأنه يمكن فهم ما ذهب إليه الإمام القرافي في المقصود بحقوق الله تعالى بأحد أمرين:

الأول: أن المراد بحق الله تعالى هو حقه في التكليف، أي حقه في الأمر والنهي بما شاء، وهذا الحق ليس مقصودًا في بيان أنواع الحقوق هنا، إذ إنه خطاب الشارع نفسه، والمقصود هو متعلق هذا الخطاب، وهو فعل المكلف، وليس الخطاب نفسه.

وهذا الموطن خارج عن نطاق البحث، إذ لا يتصور فيه تزاحم، بل الله هو المشرع وحده ولا يشاركه أحد في ذلك.(1)

والثاني: أن المراد حقه تعالى المتعلق بفعل المكلف، وهو متعلق أمره تعالى ونهيه، كما ذهب إليه ابن الشاط في تعقبه لكلام القرافي، وهذا المعنى هو المقصود من حقوق الله تعالى عند الفقهاء، فهم لا يقصدون في باب الحقوق ذات الأمر والنهي، وإنما يقصدون متعلقهما، وهو اللازم له سبحانه على عباده، ومن هذا الجانب فهذا الحق الثابت له سبحانه وتعالى يمثل واجبات على المكلف والمجتمع معًا، فهي واجبة الأداء في كل حال، ومتعلقة بذمم المكلفين، ولهذا فإن الإمام التفتازاني عندما عرف حق الله تعالى نظر إلى ثمراته بالنسبة للعباد، وأن الإضافة إليه سبحانه من حيث هذه الثمرة ليست حقيقية، بل للدلالة على عظم هذا الحق، وقيمته العظيمة في بقاء المجتمعات، فعرفه بأنه:"ما يتعلق به النفع

---

(1) ولا يتعارض مع ذلك قيام بعض السلطات في الدولة بسن تشريعات ملزمة لأفراد المجتمع، لأنه على التحقيق وفق مفهوم الفقه الإسلامي لمصطلح التشريع أنه لا تشريع على الحقيقة إلا لله تعالى، ودور هذه السلطات، في إطار ضوابط معينة، قاصر على فهم هذا التشريع واستنباط حكم منه، ثم إصدار قانون بهذا الحكم المستنبط، وتسميته تشريع، في هذه الحالة، من باب التوسعة في مدلول لفظ تشريع فقط.

يراجع في ذلك: الدكتور حسن علي الشاذلي، المدخل للفقه الإسلامي تاريخ التشريع الإسلامي (أطواره – مذاهبه– مصادره) ط: دار الاتحاد العربي، القاهرة (1988م) ص 16.

العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه".[1]

وعلى هذا فالمجتمع أمين علي هذا النوع من الحقوق، وهذه الأمانة تقتضي فرض حق للمجتمع في القيام بمعاقبة المكلف المنوط به هذا التكليف إذا ما أخل به أو بشيء منه.

وهذا الطبيعة لهذا النوع من الحقوق من حيث النظر إلى ثمراتها، تعطي له قوة على غيره من الحقوق الأخرى، مما يرتب عدم قبولها للإسقاط أو العفو، وكذا عدم تغييرها أو تبديلها بغيرها، استقراءً من موارد الشريعة ومصادرها، فمن استقرأها خلص إلى أن مسلك الشارع عدم قبول هذه الحقوق للإسقاط أو العفو، بل ولا خيرة فيها للمكلف[2]، هذا فضلًا عما سبق من حق المجتمع في القيام بالمطالبة بهذا الحق والدفاع عنه ومقاضاة كل من أخل بشيء منه[3]، وهذا

(1) شرح التلويح على التوضيح جـ 2 ص 315.

(2) الموافقات في أصول الشريعة، للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: الشيخ عبدالله دراز جـ 2 ص 375، 376.

وجاء فيه:" أما حقوق الله تعالى فالدلائل على أنها غير ساقطة ولا ترجع لاختيار المكلف كثيرة وأعلاها الاستقراء التام في موارد الشريعة ومصادرها، كالطهارة على أنواعها والصلاة والزكاة والصيام والحج والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي أعلاه الجهاد، وما يتعلق بذلك من الكفارات، والمعاملات، والأكل والشرب واللباس، وغير ذلك من العبادات والعادات التي ثبت فيها حق الله تعالى أو حق الغير من العباد، وكذلك الجنايات كلها على هذا الوزان جميعها لا يصح إسقاط حق الله فيها البتة، فلو طمع أحد في أن يسقط طهارة للصلاة أي طهارة كانت، أو صلاة من الصلوات المفروضات، أو زكاة أو صومًا أو حجًّا أو غير ذلك، لم يكن له ذلك وبقي مطلوبًا بها أبدًا حتى يتفصى عن عهدتها، وكذلك لو حاول استحلال مأكول حي مثلًا من غير ذكاة، أو إباحة ما حرم الشارع من ذلك، أو استحلال نكاح بغير ولي أو صداق، أو الربا أو سائر البيوع الفاسدة، أو إسقاط حد الزنا أو الخمر أو الحرابة، أو الأخذ بالغرم والأداء على الغير بمجرد الدعوى عليه، وأشباه ذلك، لم يصح شيء منه، وهو ظاهر جدًّا في مجموع الشريعة".

(3) يراجع في تفصيل ذلك: أستاذنا الدكتور نصر فريد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ط: المكتبة التوفيقية، القاهرة رقم 268 ص 258، 259.

راجع إلى رتبة هذا النوع من الحقوق في الحفاظ على المجتمعات، فهي متعلقة بالمقاصد الكلية الخمسة التي جاء التشريع لحفظها وإقرارها، وهي الدين والنفس والعقل والمال، وهذه المقاصد هي قوام المجتمع، وفقدها يوجب خللًا جسيمًا في الحياة.[1]

ومن أمثلة هذا الحق: العبادات الخالصة لله تعالى، كالصلاة والزكاة[2] والحج والصوم، وتمثل الحدود الجانب السلبي المنهي عنه، في حقوق الله تعالى، كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة والحرابة والردة والبغي.[3]

وهذه النواهي تعد حقوقًا لله تعالى بالنظر إلى ثمراتها العائدة إلى مجموع الأمة، فالضرر المترتب على ارتكابها يشمل ويعم المجتمع كله، كما أن النفع المترتب على تطبيق عقوباتها الحدية فيه عموم وشمول يعود على المجتمع بأسره، وهذا ملاحظ في تعريف الفقهاء للحد بأنه" عقوبة مقدرة وجبت حقًّا لله

---

(1) الموافقات جـ 2 ص 7.

(2) والزكاة وإن شرعت لسد حاجة الفقير فإن مشروعيتها لأجل ذلك لا ينافي كونها عبادة، بدليل عدم أخذها من المشرك.

يراجع في ذلك: معارج الآمال على مدارج الكمال بنظم مختصر الخصال، للعلامة: نور الدين عبدالله بن حميد السالمي، ط: دار الرشد، بيروت، الطبعة الأولى (2008م) تحقيق: الحاج سليمان بن إبراهيم بابزيز وآخرين، مراجعة: شوقي إبراهيم علام جـ 4 ص 322.

(3) أستاذنا الدكتور نصر فريد واصل، المرجع السابق رقم 268 ص 258، 259.

ولبعض الفقهاء تفصيلات في حصر حقوق الله تعالى، ومن ذلك ما ذهب إليه الحنفية من حصرها في ثمانية أنواع: العبادات المحضة، والعبادات التي فيها معنى المؤنة، أي ما بها بقاء الشيء، كصدقة الفطر، والمؤنة التي فيها معنى القربة، كوجوب العشر في الأراضي العشرية، والمؤنة التي فيها معنى العقوبة، كالخراج، والحق القائم بنفسه، كخمس الغنائم، والعقوبات المحضة، كالحدود، والعقوبات القاصرة، كحرمان القاتل من الميراث، وما اجتمع فيه العبادة والعقوبة، ككفارة الظهار والقتل واليمين.

يراجع في ذلك: شرح التلويح جـ 2 ص 315 وما بعدها؛ كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، للعلامة: علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري، ط: دار الكتب العلمية، بيروت (1418هـ/ 1997م) تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر جـ 4 ص 151.

تعالى"[1]، فلوحظ فيه إضافة الحق في العقوبة إليه تعالى، لبيان قيمة هذا الحق وأنه غير قابل للإسقاط أو العفو في الأحوال المقررة لذلك شرعًا.

ويدخل في هذا القسم، ويأخذ حكمه، الحقوق العامة المشتركة التي تثبت لكل إنسان يعيش في المجتمع، دون أن تثبت لأحد بعينه، والتي تترتب عليها مصلحة عامة، وذلك كالمرافق العامة من المياه والإضاءة والتعليم والصحة والقضاء، وغير ذلك. فهي عامة بالنظر إلى اشتراك الكل في الانتفاع بها دون تخصيصه بأحد بعينه، ومن ثم وجب على الجميع الحفاظ عليها وصيانتها والدفاع عنها.[2]

فظهر من هذا أن حق الله تعالى شامل لما هو عبادة خالصة له، ولما هو قوام للمجتمعات، ولهذا المعنى ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف حق الله تعالى بما يشمل هذين المعنيين، فقال:" إنه ما قصد به قصدًا أوليًا التقرب إليه سبحانه وإقامة دينه، أو قصد به إقامة المجتمع بأن ترتب عليه مصلحة عامة من غير اختصاص بأحد".[3]

---

(1) بدائع الصنائع جـ 7 ص 33؛ الاختيار لتعليل المختار، للعلامة: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة (1426هـ/ 2005م) تحقيق: عبداللطيف محمد عبدالرحمن جـ 4 ص 83؛ مغني المحتاج جـ 4 ص 155؛ حاشية الجمل على شرح المنهج للعلامة: سليمان الجمل، ط: دار الفكر، بيروت جـ 5 ص 136؛ حاشية قليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين، للعلامة: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، ط: دار الفكر، بيروت (1419هـ/ 1998م) جـ 4 ص 185؛ نيل الأوطار، للعلامة: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ط: دار الجيل، بيروت (1973م) جـ 7 ص 250؛ وفي المعنى: كشاف جـ 6 ص 77.

(2) الدكتورة شادية أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 44.

(3) المرحوم الدكتور أحمد فهمي أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات ص 56، أشارت إليه الدكتورة شادية أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 20.

ومع هذا فإن قصد التقرب فيما هو عبادة خالصة لا ينفي النفع العام الاجتماعي من التكليف، وهذا ثابت من خلال النص على الأهداف العامة لهذا التكليف، وهي توضح بجلاء القيمة الاجتماعية لها، فعلى سبيل المثال: نجد الصلاة وإن كانت من العبادات الخالصة إلا أن القرآن الكريم جعلها من وسائل دفع المنكر والدفاع ضد الجريمة، وذلك في قوله تعالى:﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾[1]، وهكذا بقية العبادات، وهذا كاف في حد ذاته لإثبات الأثر الاجتماعي لهذه التكاليف الشرعية الخاصة بالعبادات.[2]

الثاني: حقوق العبد المحضة:

والمقصود بها، في مقابلة حقوق الله المحضة، تلك التي يعود النفع فيها على فرد بعينه، أو ما تعلق به مصلحة خاصة، وفق تعبير الإمامين القرافي والتفتازاني.[3]

وإذا كان الفقه الحنفي قد قدم استقراء لحقوق الله تعالى، سواء منها الخالصة أو المشتركة بين الله تعالى والعبد والمغلب فيها إما حق الله تعالى وإما حق العبد[4]، فإن حق العبد المحض لم ينل العناية اللازمة من الاستقراء والتتبع[5]، وإنما وجدت أمثلة فقط تضرب لهذا النوع من الحقوق، ومن أمثلة ذلك ما ذكره بعض الفقهاء من أن حق العبد يمثل له بالديون والأثمان [6]، وحرمة مال الغير[7]، بما يشمل كل ملك خاص، وبالجملة كل ما ثبت للإنسان

---

(1) سورة العنكبوت، من الآية رقم 45.

(2) يراجع في أثر التكاليف الشرعية في الدفاع ضد الجريمة والمنكرات: المستشار محمد ماهر، الكفاح ضد الجريمة في الإسلام، ط: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية (1972).

(3) شرح التلويح جـ 2 ص 315؛ الفروق جـ 1 ص 256.

(4) يراجع في ذلك: شرح التلويح جـ 2 ص 315 وما بعدها؛ كشف جـ 4 ص 151.

(5) الدكتور أحمد محمود الخولي، المرجع السابق ص 107.

(6) شرح التلويح جـ 2 ص 315.

(7) شرح التلويح جـ 2 ص 315؛ الفروق جـ 1 ص 256.

على غيره من الذمم والمظالم وغيرها، وهذا يعني لزوم بذل الجهد في تتبع هذا النوع من الحقوق، بل والحقوق عامة، تتبعًا يبرز أنواعها وخصائصها، وموجباتها، ومسقطاتها، وما يترتب عليها من آثار، وبالجملة كل ما يتعلق بها.

ويختلف هذا النوع من الحقوق عن حقوق الله تعالى، من حيث قبول العفو والتنازل عنه، فإذا كان حق الباري لا يقبل التنازل ولا العفو، فإن حق العبد يقبل الإسقاط والتنازل والعفو والصلح ممن نسب إليه، وهو العبد، استنادًا إلى قوله تعالى:﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[1]، فالتصدق بالدين إسقاط له، وتقريره في الآية دليل المشروعية.

والظاهر أن هذه الطبيعة للحق كانت هي الأساس عند الإمام القرافي في التفرقة بين حق الله تعالى وحق العبد، فكل ما جاز فيه التنازل من الحقوق والإسقاط فهو للعبد، وكل ما لم يصح فيه ذلك فهو لله تعالى.

وجعل الإمام التفتازاني المعيار المميز بين الحقين هو درجة المصلحة ورتبتها، فكلما كانت عامة كان الحق لله تعالى، وكلما كانت خاصة كان الحق للعبد.

وذهبت بعض الباحثات إلى أن المميز لحق العبد عن غيره من الحقوق عنصران: الانتفاع المترتب على المصلحة في الحق، وإمكان المطالبة به من العبد المسند إليه الحق، وعليه فمجرد الانتفاع ليس كافيًا في التمييز، بل لابد من انضمام ثبوت المطالبة إليه، إذ إن العبد ينتفع بكل الحقوق، حتى التي تضاف إلى الخالق عز وجل، إذ هي مقررة لمصالحه في العاجل والآجل، وفرعت على هذا أن الزكاة والكفارات هي من حقوق الله تعالى الخالصة وإن كان النفع المترتب عليها راجعًا إلى العبد، لكن لما كان العبد لا يطالب بها، فإن إلحاقها بالحقوق الخالصة

---

(1) سورة البقرة، الآية رقم 280.

لله تعالى أولى من اعتبارها حقًا مشتركًا بين الله تعالى والعبد، وذلك على خلاف ما ذهب إليه العز بن عبدالسلام من جعلها من الحقوق المشتركة.(1)

ويناقش ذلك بأن المطالبة ليست هي الأساس في تمييز حق العبد عن غيره، وإلا فإنه في بعض الحدود تثبت للعبد المطالبة بحقه المعتدي عليه فيها، بل إن نظر القضاء فيها متوقف على دعوى، ومع هذا فإن حق الله تعالى هو البارز، كما يأتي في الحقوق المشتركة بين الله تعالى والعبد، سواء كان المغلب فيها حق العبد أو حق الله تعالى، ويضاف إلى ذلك أن الظاهر أن حق الله تعالى في الزكاة راجع إلى جهة التعبد، وهذا الجانب هو الغالب على أي اعتبار، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن القول بأن الفقير لا يطالب بالزكاة غير مسلم، إذ إن من حق الفقير المطالبة بالزكاة في حال امتناع الغني عن دفعها إليه، وهذا ثابت بدلالة القرآن الكريم في قوله تعالى:﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾(2)، وقوله تعالى:﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ﴾(3)، وقوله تعالى:﴿كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَلا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾.(4)

قال القرطبي (ت:671هـ): "وعن أنس أن النبي ﷺ قال: "ويل للأغنياء من الفقراء يوم القيامة، يقولون: ربنا ظلمونا حقوقنا التي فرضت لنا عليهم، فيقول الله تعالى:" وعزتي وجلالي لأقربنكم ولأبعدنهم" ثم تلا رسول الله ﷺ: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾"(5)، فقد أسند الحق، في الحديث، للفقراء، ومن ثم تكون لهم المطالبة به.

---

(1) الدكتورة شادية أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 34.

(2) سورة المعارج، الآية رقم 24.

(3) سورة الذاريات، الآية رقم 19.

(4) سورة الأنعام، من الآية رقم 141.

(5) الجامع لأحكام القرآن، للعلامة: أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ط: دار الشعب، القاهرة جـ 17 ص 39. =

إذًا يبقى المعيار الذي وضعه الإمام التفتازاني، وهو درجة المصلحة ورتبتها، فكلما كانت عامة كان الحق لله تعالى، وكلما كانت خاصة كان الحق للعبد، يبقى هو الأساس في التمييز بين حق العبد وحق الله تعالى.

الثالث: حقوق مشتركة بين الله تعالى والعبد وحق الله غالب:

وهذه الحقوق فيها من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، أو النفع العام الذي يعود على مجموع الأمة، كما أن النفع فيها له صلة بآحاد الناس، ومن الوجهة السلبية المضار المترتبة عليها تلحق المجموع، بالإضافة إلى لحوقها بآحاد الناس.

لكن جانب المصلحة المتعلق بالنفع العام هو الغالب، ومن هذه الوجهة تُلحق هذه الحقوق، من حيث طبيعتها وما يترتب عليها، بحقوق الله تعالى المحضة، ومن ثم لا يجوز التنازل عنها ولا الصلح عليها.

ومن الأمثلة لهذه الحقوق: جريمتا القذف والسرقة، فكونهما حدًّا من الحدود كانت من حقوق الله تعالى، ونظرًا لاتصالها بالمقذوف والمسروق منه فهي من حقوق العبد، غير أن جانب حق الله تعالى غالب فيها.

وقد اختلف الفقهاء في الوقت الذي يبرز فيه الحق العام ويكون هو الغالب، لكنهم اتفقوا على أن حق العبد مغلب قبل الرفع إلى الإمام، أما إذا بلغ الأمر الإمام في شأن هاتين الجريمتين، فقد اتفقوا أيضًا على أن حق الله تعالى يغلب في السرقة، فلا يجوز التنازل ولا الصلح ولا العفو من المسروق منه، أو

=والحديث الذي ذكره أخرجه الطبراني: أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب، في المعجم الصغير (الروض الداني) باب من اسمه عبيد، حديث رقم 963 جـ 2 ص13 ط: المكتب الإسلامي ودار عمار بيروت وعمانن الطبعة الأولى (1405هـ/ 1985م) وقال:"لا يروى عن أنس إلا بهذا الإسناد تفرد به جنادة". وإسناده كما رواه الطبراني" حدثنا عبيد بن عبيد الله بن جحش الأسدي الحمصي حدثنا جنادة بن مروان المري حدثنا الحارث بن النعمان بن بنت سعيد بن جبير قال سمعت أنس بن مالك يقول...".

العبد، ووقع الخلاف بينهم في القذف، هل يبقى للعبد حق فيجوز له التنازل؟ أو أن الحق لله تعالى بعد بلوغ الأمر إلى الإمام؟

وكان خلافهم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الحنفية إلى أن المغلب فيه حق الله مطلقًا، سواء قبل الرفع إلى الإمام أو بعد الرفع له، وهذا راجع إلى أن حد القذف شرع لدفع العار عن المقذوف فهو من هذا الوجه من حقوق العبد، وكونه شرع حدًّا زاجرًا دليل على أنه حق الله تعالى، وتغليب حق الله مبني على أنه حد من الحدود، والحدود هي حق لله تعالى، ومن ثم لا يجري فيه الإرث ولا يسقط بعفو المقذوف.(1)

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن لا حق للعبد بعد وصول الأمر إلى الإمام، إلا أن أراد المقذوف الستر على نفسه كأن يخشى أنه إن ظهر ذلك قامت عليه بينة بما رماه به أو يقال لم حد فلان فيقال بقذفه فلانًا فيشتهر الأمر ويكثر لغط الناس أو نحو ذلك.(2)

القول الثالث: ذهب الشافعية(3)، والحنابلة(4)، ورواية عن أبي يوسف(5) (ت:182هـ)(6)، إلى وجود حق للعبد حتى بعد وصول الأمر إلى الإمام، بما يرتب جواز العفو والتنازل عنه، غير أنهم لا يجيزون الصلح فيه على مال.

---

(1) كشف الأسرار جـ 4 ص226؛ بدائع الصنائع جـ 7 ص 56.

(2) الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل، للعلامة: سيدي أبي البركات أحمد الدردير، وبهامشه حاشية الدسوقي، للعلامة: سيدي محمد عرفة الدسوقي، ط: دار الفكر، بيروت جـ 4 ص 331.

(3) مغني المحتاج جـ 3 ص 372؛ حاشية قليوبي جـ 4 ص 184.

(4) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل للعلامة:أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى جـ 9 ص 77؛ كشاف القناع جـ 6 ص 105.

(5) بدائع الصنائع جـ 7 ص 56.

(6) وقيل إنه توفي سنة (181هـ).

الرابع: حقوق مشتركة بين الله تعالي والعبد وحق العبد غالب:

وما قيل في الحقوق المشتركة السابق ذكرها يقال هنا أيضًا، غير أن حق العبد هنا هو الغالب، وهو ما يعطيه مكنة التنازل والصلح في هذا النوع من الحقوق.

ومن الأمثلة لهذا النوع من الحقوق: الجناية على النفس أو على ما دونها. ففي جناية القتل، من حيث الأثر المترتب عليها في أحد جوانبها، فإنه وإن كان الحق المغلب فيها للعبد، إلا أن النفع المترتب على النهي لا يعود على أولياء الدم فقط، بل فيه جانب يعود على مجموع الأمة، ومن ثم فإن المالكية أجازوا للقاضي، عند عفو أولياء الدم عن القاتل، أن يحكم بعقوبة تعزيرية، تأسيسًا على وجود الحق العام، أو حق الله تعالى.[1]

كما يدخل في هذا النوع حد القذف قبل الرفع للإمام عند المالكية والشافعية والحنابلة، كما سبق.

وعلى كل حال ففي هذه الحقوق جميعًا لم يكن هناك قسم اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد وكانا متساويين في اعتبار الشارع[2]، فإما أن يكون حق الله غالب، أو حق العبد غالب.

20- مذهب العز بن عبدالسلام والشاطبي في تقسيم الحقوق:

ذهب الإمام العز بن عبدالسلام، عند كلامه على قاعدة الحقوق الخالصة والمركبة، إلى أن جلب المصالح ودرء المفاسد ضربان: أحدهما: ما يتعلق بحقوق الخالق جل وعلا، والثاني: ما يتعلق بحقوق المخلوقين.

- يراجع في ذلك: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، للعلامة: أبي محمد عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي، ط: مير محمد كتب خانة، كراتشي، ترجمة رقم 693 ص 221.

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للعلامة محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد)، ط: دار الفكر، بيروت جـ 2 ص 303.

(2) شرح التلويح جـ 2 ص 315.

وذكر أن حقوق الله تعالى تنقسم ثلاثة أقسام:

فأولها ما هو خالص لله تعالى، كالمعارف، وهي العبادات التي يعرف الله تعالى بها، والإيمان بما يجب الإيمان به.

وثانيها ما يتركب من حقوق لله تعالى وحقوق للعباد، كالزكاة والكفارات، فهي من جهة قربة، وهذا وجه كونها حقًا لله، ومن جهة ثانية فيها نفع للعباد، وهذا وجه كونها حقًا للعباد.

وثالثها: ما يتركب من حقوق الله تعالى وحقوق رسوله ﷺ وحقوق العباد، ومثاله الأذان؛ فالتكبيرات والشهادة بالوحدانية حق الله تعالى، والشهادة بالرسالة لمحمد ﷺ حق له، والإعلام بدخول الوقت حق العباد.[1]

فالملاحظ في القسم أنه أثبت للرسول ﷺ حقًا مع الله تعالى والعبد ولم يقل بذلك أحد غيره فيما اطلعت عليه، ويمكن أن يدخل حق الرسول ﷺ ضمن حقوق الله تعالى، ويجمعها قصد التقرب، فإن الصلاة على رسول الله ﷺ وإن كان فيها الدعاء له ﷺ وهو حقه على العباد لقوله تعالى﴿إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيماً﴾[2]، إلا أن قصد العبد التقرب بالصلاة إلى الله تعالى يجعل الصلاة ضمن حقوق الله تعالى.

وأما ما يتعلق بحقوق المخلوقين فقد قسمه ثلاثة أقسام أيضًا:

الأول: حقوق المكلف على نفسه، وذلك كتقديمه نفسه بالكساء والنفقات، وغيرها.[3]

---

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعلامة: أبي محمد عز الدين بن عبدالسلام السلمي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت جـ 1 ص 129، 130.

(2) سورة الأحزاب، الآية رقم 56.

(3) قواعد الأحكام جـ 1 ص131.

الثاني: حقوق بعض المكلفين على بعض، وهي جلب كل مصلحة واجبة أو مندوبة، ودرء كل مفسدة محرمة أو مكروهة[1]، وهذا بالنظر إلى تقسيم جلب المصالح ودرء المفاسد، فيقصد به أن ما تعلق منه بحقوق العباد هو كل ما فيه مصلحة، سواء كانت مطلوبة طلبًا جازمًا، أو طلبًا غير جازم، وكذلك في درء كل مفسدة مطلوبة الترك، سواء كان طلب الترك جازمًا أو كان غير جازم.

والثالث: حقوق البهائم والحيوان على الإنسان، وذلك بأن ينفق عليها نفقة مثلها ولو زمنت أو مرضت بحيث لا ينتفع بها، وأن لا يحملها ما لا تطيق، وبالجملة لا يلحق بها ضررًا.[2]

هذه وجهة نظر الإمام العز بن عبدالسلام، ونراه قد أثبت في حقوق المخلوقين حقوقًا للبهائم على الإنسان، ويمكن أن تدرج ضمن حقوق الله تعالى، باعتبارها تكليفات شرعية على الإنسان، ولا مطالب لها، بل هو أمين على هذه الحيوانات، ومقتضى ذلك ثبوت مسؤوليته عنها، وهذه الحيوانات وإن كانت مالًا مملوكًا له، بما يعطيه حق التصرف فيه بكل أنواع التصرفات، إلا أن هذا مقيد بالتصرفات المشروعة، أما التصرفات الضارة فلا تجوز، لما فيها من إضاعة المال المنهي عنه بما رواه ابن حبان من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: " إن الله كره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال".[3]

وأما الإمام الشاطبي فقد أنكر أن يكون هناك حق محض للعبد، بل كل حق للعبد فيه حق لله تعالى، ونتيجة ذلك لم يكن عنده ذلك التقسيم الرباعي الذي أخذ به جمهور العلماء، فكان التقسيم عنده خاليًا عن حق خالص للعبد.

---

(1) قواعد الأحكام جـ 1 ص 131.

(2) قواعد الأحكام جـ 1 ص 141.

(3) صحيح ابن حبان، للإمام: أبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت (1414هـ/ 1993م) تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حديث رقم 5720 جـ 13 ص 28.

فهو قد قسم الحقوق ثلاثة أقسام:

1- حقوق خالصة لله تعالى.

2- حقوق مشتركة بين الله تعالى والعبد والمغلب فيها حق الله تعالى.

3- حقوق مشتركة بين الله تعالى والمغلب فيها حق العبد.

وهذا مبني عنده على أنه تتبع تكاليف الشريعة فلم أن تكليفًا ما خلا عن التعبد، وهذا كاف في عدم خلوص حق للعبد، إذ إنه مكلف في كل حال بالتعبد له تعالى، حتى في الحقوق التي يظن أنه خالصة له.(1)

فجعل القسم الثاني عند الجمهور، وهو الحقوق الخالصة للعبد، داخلًا في الحقوق المشتركة التي غلب فيها حق العبد.

21- **ثانيا: تقسيم الحقوق بالنظر إلى محلها:**

تنقسم الحقوق بالنظر إلى محلها المتعلقة به قسمين: حقوقًا متعلقة بالعين وحقوقًا متعلقة بالذمة، وهذه الحقوق بقسميها حقوق مالية، أي تترجم إلى مال في نهاية الأمر، ونعطي نبذة موجزة عن كل نوع منها.

أولًا: الحقوق المتعلقة بالعين: وهي تلك الحقوق التي يكون محلها عينًا من الأعيان، أو ذاتًا من الذوات.

وتتعدد صور الحقوق المتعلقة بالعين، ونذكر منها ما يأتي:

حق الملك، وهو اختصاص يرد على المال يمكن صاحبه من التصرف فيه، أو على حد تعبير الإمام القرافي: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك".(2)

---

(1) يراجع في ذلك: الموافقات جـ 2 ص 315، 316.

(2) الفروق جـ 3 ص 364.

ووفقًا لكلام الإمام القرافي فإن الملك هنا قد يثبت في العين والمنفعة معًا، وهو الغالب من أحوال الملك، وقد يثبت في العين دون المنفعة أو العكس، وهذا يكون فيما لو ملَّك مالك العين المنفعة لغيره، كأن يؤجر العين أو يعيرها، أو يوصي بالعين لشخص، وبالمنفعة لآخر.(1)

حق الانتفاع: والمقصود به كما قال الإمام القرافي أن يباشر الإنسان منفعة بنفسه ولا يملكها لغيره، فتمليك الانتفاع يقتضي ذلك، وهناك فرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، إذ تمليك المنفعة أعم وأشمل من تمليك الانتفاع؛ إذ يكون لمالك المنفعة أن يباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة وبغير عوض كالعارية، بعكس الحال في حق الانتفاع إذ لصاحب الحق أن ينتفع به بنفسه دون أن يملكه لغيره.(2)

=وقد اعترض ابن الشاط على التعريف بأنه فاسد، وذكر أن فساده يرجع إلى أربعة أوجه: أحدها: أن الملك من أوصاف المالك لا المملوك، لكنه وصف متعلق والمملوك هو متعلقه. وثانيها: أنه ليس مقتضيًا للتمكين من الانتفاع بل المقتضي لذلك كلام الشارع. ثالثها: أنه لا يقتضي الانتفاع بالمملوك وبالعوض بل بأحدهما. رابعها: أن المملوك مشتق من الملك فلا يعرف إلا بعد معرفته فيلزم الدور.

ثم ذهب إلى تعريف الملك بأنه: تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة، ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة.

يراجع: إدرار الشروق على أنواء الفروق جـ 3 ص 364، 365.

(1) يراجع في ذلك: أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ على الخفيف، ط: دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى (1417هـ/ 1996م) ص 46، 47.

(2) الفروق جـ 1 ص 331.

وقد ضرب الإمام القرافي في الفروق جـ1 ص331، 332 أمثلة توضح ملك الانتفاع والمنفعة والفرق بينهما، فقال:" سكنى المدارس والرباطات والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ومواضع النسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك، وكذلك بقية النظائر المذكورة معه. وأما مالك المنفعة فكمن استأجر دارًا أو استعارها فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه فهو تمليك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة أو شهدت به العادة في العارية، فمن شهدت له العادة في العارية بمدة كانت له تلك المدة ملكًا على الإطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة في التصرف في المنفعة في تلك المدة، ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب".

حق الاستيفاء: ويقصد به ما يثبت للإنسان في عين وثيقة عنده في دين له على الغير لاقتضاء دينه منها دون غيره، فهي مقصورة على دينه المتعلق بها، وله استيفاء دينه منها دون بقية الغرماء عند التزاحم، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

ففي كل هذه الصور وجدنا الحق متعلق بالعين.

ثانيًا: الحقوق المتعلقة بالذمة:

الذمة في عرف بعض فقهاء المالكية هي: "معنى في المكلف قابل للإلزام والالتزام".[1]

وهي عند بعض الفقهاء المعاصرين: وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان أهلًا للوجوب له والوجوب عليه.[2]

وإذا كانت الذمة بهذا المعنى، فهي من الأمور التقديرية وليست من الذوات المشخصة، ومن ثم فإن ما يثبت بها يثبت في غير ذات.

وعليه فالحقوق، وهي وصف اعتباري أيضًا يثبت ويقدر وجوده في وصف اعتباري، وهو الذمة، وقد افترض الفقهاء الذمة لثبوت الحقوق للإنسان وعليه.

---

(1) مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للعلامة: أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، ط: دار الفكر، بيروت (1398هـ) جـ 4 ص 534.

(2) يراجع في ذلك: أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ على الخفيف ص 258.

وعلاقة الذمة بالأهلية: أن الأهلية، وهي صلاحية الإنسان لأن تجب له الحقوق وتجب عليه، علاقة وطيدة، إذ إن الأهلية أثر من آثار الذمة، والذمة ثابتة للإنسان الحي، ثبوتها له يقتضي صلاحيته لثبوت الحقوق له وعليه في الذمة، بل إن بعض فقهاء المالكية جعل الذمة باقية إلى ما بعد الموت.

يراجع في ذلك: الذخيرة في فروع المالكية، للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت (1994م) تحقيق: محمد حجي جـ 9 ص 205.

قال الحطاب رحمه الله تعالى (ت:954هـ) في كلامه على عقد السلم: "والذمة أمر تقديري يفرضه الذهن وليس ذاتًا ولا صفة لها، فيقدر المبيع وما في معناه من الأثمان كأنه في وعاء عند من هو مطلوب به، فالذمة هي الأمر التقديري الذي يحوي ذلك المبيع أو عوضه، وإنما شرطوا ذلك فيه لأنه لو لم يكن في الذمة لكان معينًا"[1]، وهو على خلاف الحقيقة، إذ المسلم معدوم حقيقة في حق المسلم (البائع)، ومن ثم اقتضى فرض الذمة وتقديرها لتكون وعاء للمبيع.[2]

وقد ذهب الإمام البزدوي الحنفي (ت:482هـ) إلى أن الذمة أمر ذاتي وليست أمرًا اعتباريًا[3]، كما ذهب الحطاب، وهذا راجع إلى أن الأحكام الشرعية إنما تبنى على أمر ذي وجود، ولا تبني على افتراضات لا وجود لها في الواقع، وعلى الرغم من ذلك فهذا التأويل لمعنى الذمة في إخراجها من دائرة الفرض إلى دائرة الذات، لم يخرج القائلين به عن دائرة الافتراض، فالديون لا تتعلق بنفس الإنسان إلا تعلقًا اعتباريًا.[4]

وعلى هذا فالحقوق المتعلقة بالذمة ثابتة في وعاء اعتباري اقتضاه تعلق الحكم الشرعي بمحل، قال الإمام القرافي: "لا يثبت في الذمة ما كان مشخصًا في الخارج مرئيًا بالعين، وقد يثبت فيها ما عدا ذلك، وذلك إذا عين بوصفه".[5]

---

(1) مواهب الجليل جـ 4 ص 534.
(2) في هذا المعنى: الذخيرة جـ 4 ص 223.
(3) كشف الأسرار جـ 4 ص 338.
(4) يراجع في تفصيل الافتراض وموقف الفقهاء منه وأثره في الأحكام: الدكتور محمد كمال الدين إمام، الموقف من الفقه الافتراضي مراجعة نقدية، بحث مقدم إلى ندوة تطور العلوم الفقهية في عمان، والتي عقدتها وزارة الأوقاف والشئون الدينية بسلطنة عمان خلال الفترة (8- 11 ربيع الثاني 1430هـ/ 4- 7 إبريل 2009م) ص 9 وما بعدها.
(5) الفروق جـ 2 ص 133.
وذكر القرافي في الموضع نفسه أن أثر ذلك يتضح في حال هلاك محل العقد أو ظهور استحقاقه لغير العاقد، فإنه يوجب انفساخ العقد إذا كان معينا، ولا يوجبه إذا كان غير معين، فإذا اشترى إنسان سلعة فاستحقت انفسخ العقد. وإذا أسلم في إردب قمح فسلم إليه في حينه ثم استحق لم ينفسخ العقد، وإنما يطلب من المسلم إليه غيره؛ لأنه بالاستحقاق قد تبين أن ما في الذمة لم يزل بها.

والأصل أن ما ثبت في الذمة من الحقوق يبقى ببقاء الذمة وينتهي بانتهائها، لأنها وعاؤه، وانتهاء الوعاء انتهاء له، ومن ثم إذا مات الإنسان انتهت ذمته التي هي متعلق الحقوق، ومن ثم كان من اللازم انتهاء الحق معها، غير أنه، مراعاة لجانب صاحب الحق، تنتقل الحقوق إلى المال إن أمكن ذلك، وإذا لم يكن ثم مال فإن الضمان يصح على قول جمهور العلماء.[1]

وعلى كل حال فإن الحقوق في الحالين، أي عند تعلقها بالذمة أو تعلقها بالمال عند فوات الذمة، إن كان لذلك وجه، فإن التزاحم بينهما متصور، كما سيأتي ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى.

والحقوق المتعلقة بالذمة منها ما يكون من حقوق الله تعالى، ومنها ما يكون من حقوق العبد، ومنها ما يكون مشتركًا بينهما، سواء كان الغالب فيها لله تعالى أو للعبد، غير أن ثبوت حقوق الله تعالى، والتي تمثل تكاليف شرعية فيُلزم فيها الشرع بفعل شيء أو تركه، في الذمة قد دار النقاش فيه بين الأصوليين والفقهاء حول ثبوت هذه التكاليف الشرعية في الذمة قبل وجوب أدائها، وهو خلاف بين الحنفية والجمهور، فبينما يرى الحنفية ثبوتها في الذمة أولًا ثم لا يجب الأداء إلا بتوفر أهلية الإنسان لفهم الخطاب المكلف به، يرى الجمهور أنه لا حاجة إلى التفرقة بين وجوبها في الذمة ووجوب أدائها، فهي ما ثبتت في الذمة إلا لأدائها.[2]

---

(1) وذلك استنادًا إلى ما رواه البخاري من حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أن النبي ﷺ أُتي بجنازة ليصلي عليها، فقال:" هل عليه من دين؟ قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أُتي بجنازة أخرى فقال:" عليه من دين؟" قالوا: نعم، قال:" صلوا على صاحبكم" قال أبو قتادة: عليَّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه".
ففي كفالة أبي قتادة ما يصحح ضمان كل دين على الميت لا وفاء له، بإقرار الرسول ﷺ له ذلك.
صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت دينًا فليس له أن يرجع، حديث رقم 2168 جـ 2 ص 799، 800.

(2) يراجع في تفصيل هذه المسألة وأثرها الفقهي: الدكتور أحمد محمود الخولي، المرجع السابق من ص 72 إلى ص 106.

22_ **ثالثا: تقسيم الحقوق بالنظر إلى رتبتها ودرجتها:**

يمكن تقسيم الحقوق بهذا الاعتبار قسمين أساسيين: الأول الحقوق المتفاوتة في الرتبة، والثاني الحقوق المتساوية.

وهذا التقسيم بهذا النظر اعتبره الإمام الزركشي في المنثور، والعز بن عبدالسلام في القواعد.

وفي كلا القسمين قد يكون الحق لله تعالى أو للعبد، أو لله تعالى والعبد وحق الله غالب، أو لهما وحق العبد غالب على ما سبق. غير أن لا يتصور تساوي الحقين حال الاشتراك في اعتبار الشارع، بل إما أن يكون حق الله هو الغالب، وإما أن يكون حق العبد هو الغالب، كما قرره التفتازاني.(1)

وعلى هذا فالتزاحم متصور في الحالين، أي حال تساوي الحقوق، أو تفاوتها.

المطلب الثاني

أقسام التزاحم وتحديد نطاقه

23- **تمهيد وتقسيم:**

إذا كان موضوع البحث ينصب أساسًا على تقديم بعض الحقوق على بعضها الآخر عند التزاحم، فإن التقديم يقتضي عدم إمكان الجمع بينها والعمل بها عند تزاحمها، أما إذا أمكن الجمع بينها فإنه يلزم العمل بها جميعًا، إذ لا يصار إلى الترجيح بتقديم بعض الحقوق على بعض إلا إذا لم يكن هناك إمكان للجمع.

---

(1) شرح التلويح جـ 2 ص 315.

وفي كلا الحالين يثور البحث حول إمكان تقسيم التزاحم ومحاولة الفقهاء واجتهادهم في ذلك، وهذا يساعد على الوقوف على الإحاطة قدر الإمكان فيما يتعلق بمحل البحث.

لكن مما يثور التساؤل عنه مدى تحقق التزاحم في كل الصور، أو أن بعضها لا تزاحم فيه، والبعض الآخر يتصور فيه التزاحم.

ولبيان ذلك نقسم هذا المبحث مطلبين:

الفرع الأول: أقسام التزاحم.

الفرع الثاني: بيان محل التزاحم وتحديد نطاقه.

الفرع الأول
أقسام التزاحم

24- عرض اتجاهات الفقهاء:

هناك وجهات نظر متعددة في تقسيم التزاحم وبيان صورة المختلفة، ومن الفقهاء الذين حاولوا تقسيم التزاحم الإمامان العز بن عبدالسلام والزركشي، ونعرض لوجهة نظر كل منهما، فيما يأتي:

25- تقسيم التزاحم عند العز بن عبدالسلام:

بعد أن بين العز بن عبدالسلام أنواع الحقوق على النحو السابق، وأن منها ما هو للخالق سبحانه وتعالى، ومنها ما هو للمخلوقين، ذهب إلى أن هذه الحقوق منها ما هو متفاوت في رتبته، ومنها ما هو متساو فيها، ومنها ما هو مختلف في تفاوته أو تساويه.[1]

---

(1) قواعد الأحكام جـ 1 ص 142.

ومما قاله يمكن القول بأن التزاحم بين الحقوق متصور عنده، وأنه يحصل بين الحقوق المتفاوتة والمتساوية والمختلف فيها، وأنه لابد من البحث عن طريقة لتقديم بعضها على بعض عند عدم إمكان العمل بها جميعًا.

وعليه يمكن تقسيم التزاحم بين الحقوق عنده ثلاثة أقسام:

الأول: تزاحم بين الحقوق المتفاوتة في الرتبة، ومن ثم يقدم بعضها على بعض، لوجود مرجح يقضي بذلك، وهذا يكون في حقوق الله تعالى وحقوق العباد.[1]

الثاني: تزاحم بين الحقوق المتساوية، وهذا يكون في حقوق الله تعالى وفي حقوق العباد[2]، وذهب العز هنا إلى أن العبد يتخير في هذا النوع من الحقوق عند التزاحم، وسيأتي بيان ذلك في موطنه عند الكلام على ضوابط تقديم حق على آخر.

الثالث: تزاحم بين الحقوق المختلف في رتبتها وفي طبيعتها، وهذا شامل للحقوق جميعًا، ويختلف بناء عليه الترجيح في أي الحقوق المقدم وأيها المؤخر.[3]

26- **تقسيم التزاحم عند الإمام الزركشي:**

قسم الإمام الزركشي التزاحم قسمين أساسيين:[4]

الأول: تزاحم في المصرف، ويقصد به استحقاق كل واحد من أصحاب الحق جميع الحق لو انفرد.

---

(1) قواعد الأحكام جـ 1 ص 142فيما يتعلق بحقوق الله تعالى، وص 145فيما يتعلق بحقوق العباد.
(2) قواعد الأحكام جـ 1 ص 144فيما يتعلق بحقوق الله تعالى، وص 146فيما يتعلق بحقوق العباد.
(3) قواعد الأحكام جـ 1 ص 144 وص 148.
(4) المنثور في القواعد جـ 1 ص 285.

الثاني: تزاحم في الاستحقاق، ويقصد به استحقاق كل واحد من أصحاب الحقوق المتزاحمة نصيبه فقط، ولو انفرد.

ثم قسم الاثنين باعتبار وفاق كل منهما للآخر وخلافه معه أربعة أقسام:

الأول: تزاحم في المصرف لا في المستحق ومثل له بما إذا كان مفلسًا؛ فله ألف وعليه ستة آلاف، ثلاثة لواحد واثنان لواحد وألف لواحد، فإن الألف المملوك له يقسم على الغرماء، فلمن له ثلاثة ألف نصف الألف (500)، ولمن له اثنان ثلث الألف (333،333) تقريبًا، ولمن له الألف سدس الألف (166،666) تقريبًا، فلو أبرأه صاحب الثلاثة وأبرأه صاحب الاثنين، فإن صاحب الألف ينفرد ويأخذ حقه كاملًا.

ومن ذلك أيضًا مصرف الزكاة بحيث لو عدم بعضهم رد المال المزكى على الباقين.

ومن ذلك الشفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشفعة بكمالها، وكذلك الأولياء في النكاح المتساوون في الدرجة.[1]

الثاني: تزاحم في الاستحقاق دون المصرف: ومثل له بالحقوق الواقعة على جهة الشركة ابتداءً، كالميراث، ووجه الاستحقاق فيه، كما مر في معناه، أن الوارث لو انفرد لا يأخذ إلا نصيبه المفروض له، ولهذا:" لو عفا بعض الورثة عن حقه من التركة لم يرد ذلك على من سواه من الورثة؛ لأنهم أخذوا حقهم، بخلاف ما لو عفا أحد غرماء المفلس عن حقه رد ذلك على من سواه من الغرماء؛ لأنهم لم يستوفوا حقهم، ومن ثم قيل: ليس للحاكم قسمة الميراث حتى يقيموا بينة على أنه لا وارث سواهم، بخلاف غرماء المفلس".[2]

---

(1) المنثور في القواعد جـ 1 ص 285، 286.

(2) المنثور في القواعد جـ 1 ص 286.

ومن ذلك أيضًا: ما لو قال لاثنين: بعتكما داري بألف، فعلى كل واحد نصف الألف، فلا يتوجه عليه التزام بكل الثمن، لأنه ليس مالكًا لجميع العين، فلا خلاف في مجرد الاستحقاق. [1]

الثالث: ما فيه خلاف هل هو في المستحق أو المصرف، والأصح أنه في المصرف: ومثاله: إذا اجتمع ذوو الفروض في الفرض الواحد، كالزوجات في الربع أو الثمن والجدات في السدس، فإن كل واحد من أصحاب الفروض هنا لو انفرد لأخذ كل النصيب.

قال الزركشي: "فائدة الخلاف أنه لو كان مع الجدة التي تدلي بالأب الأب وحجبها فهل تستقل التي تدلي بالأم بالسدس؟ نظرًا إلى أن التزاحم في المصرف لا في الاستحقاق، أو نصف السدس؟ نظرًا إلى أنه في الاستحقاق، وجهان، أصحهما الأول ".[2]

الرابع: ما فيه خلاف هل هو في المستحق أو المصرف، والأصح أنه في الاستحقاق: ومثاله: ما نقله الزركشي عن فتوى القاضي حسين ما نصه: "من فتاوي القاضي الحسين: رجل مات وعليه دين لشخصين وضاقت التركة عن دينهما وبدين أحدهما ضامن، قال الذي لا ضامن لدينه: لا تزاحمني؛ فإنك وجدت محلًا آخر يمكنك استيفاء حقك منه، هل له ذلك أم لا؟ أجاب: له أن يزاحمه، لأن حق كل واحد منهما يتعلق بجميع التركة وهو متبرع باستيفاء دينه من الضامن. وإن كانت المسألة بحالها فأخذ أحد الغريمين الحق من الضامن وهلكت التركة هل للثاني أن يزاحمه فيما أخذ من الضامن؟ أجاب: ليس له ذلك، لأن الضامن تبرع عليه دون صاحبه، وكذلك لو كان بدين أحد الغريمين رهن فهو يختص بثمنه دون صاحبه".[3]

---

(1) المنثور في القواعد جـ 1 ص 286.

(2) المنثور في القواعد جـ 1 ص 287.

(3) المنثور في القواعد جـ 1 ص 286.

• وبالنظر في هذا التقسيم عند الإمامين العز بن عبدالسلام والزركشي يمكن القول بوجود فرق بينهما من جهتين:

الأولي: من ناحية الأساس الذي انبنى عليه التقسيم: فبينما كان الأساس عند العز بن عبدالسلام هو رتبة الحق ودرجته، كان الأساس عند الزركشي هو النظر إلى مدى استحقاق صاحب الحق كل الحق لو انفرد من عدمه.

الثانية: من جهة استيعاب التقسيم لكل الحقوق من عدمه، فنجد أن تقسيم العز بن عبدالسلام استوعب التزاحم بين كل الحقوق، سواء ما كان منها لله تعالى أو للعباد أو ما كان مشتركًا بينهما، وسواء تعلقت بمال أو غيره[1]، أو تعلقت بالذمة أو العين، على حين نرى أن تقسيم الزركشي ركز على التزاحم بين الحقوق التي يغلب فيها الجانب المالي، سواء منها ما كان لله تعالى أو للعباد.

والواقع أن التزاحم يمكن أن يحصل في الحقوق غير المالية، وبصفة خاصة ما كان منها لله تعالى، كما سنرى فيما بعد، لكن هذا لا يعني إنكار الإمام الزركشي لإمكان حصول التزاحم بين الحقوق غير المالية، فلعل ترك ذكره في التقسيم كان لقلة التفريع فيه بالمقارنة بالتزاحم في الحقوق ذات الطبيعة المالية، وإلا فإن بحث الفقهاء مستفيض في وسائل رفع التزاحم بين الحقوق غير المالية، وهو ما يعني حصول التزاحم فيها، والله تعالى أعلم بالمراد.

27- تقسيم التزاحم بالنظر إلى إمكان حصوله من عدمه، وكونه حقيقيًا أو نظريًا:

سبق في تعريف التزاحم بأنه توارد الحقوق على محل واحد، ويضاف إليه من تفريعات الفقهاء ما يضبطه من لزوم التنفيذ لكل حق منها، وهذا يصدق على كل الحقوق، سواء ما كان منها لله تعالى، أو للعبد، أو ما كان مشتركًا

(1) ويراجع: قواعد الأحكام جـ 1 ص 143.

بينهما، وسواء منها المالية أو غير المالية، وسواء منها ما تعلق بالذمة أو تعلق بالعين، وسواء منها المتساوية في الرتبة أو المتفاوتة فيها.[1]

وعلى هذا فإذا كان التزاحم لا يحصل، كما يأتي فيما بعد[2]، إلا بتوارد الحقوق على محل واحد وكونها واجبة التنفيذ، فإن مفهومه أنه إذا كان هناك أكثر من حق في أكثر من محل، أو وجد أكثر من حق في محل واحد غير أن بعضها منع مانع من ثبوته مع الحق الآخر في هذا المحل، فهنا لا يتصور تزاحم، لأن الذي ثبت في المحل في الواقع هو حق واحد لا حقان.

أما إذا توارد أكثر من حق على محل واحد وكان كل منها واجب التنفيذ، فإنه لا يخلو الحال من أمرين: أن يمكن الجمع بينها والعمل بها جميعًا دون التضحية بواحد منها سواء بصورة كلية أو جزئية، أو لا يمكن ذلك. وفي الحالة الأولى نرى أن التزاحم شكلي ظاهري، إذ لا يمثل إلا اجتماع جملة من الحقوق في وقت واحد، ومع هذا لا أثر لهذا الاجتماع على ترك واحد منها. أما في الحالة الثانية، وهي حالة عدم إمكان الجمع بين الحقوق والعمل بها، فنرى أن التزاحم فيها حقيقي، يثمر عن لزوم التضحية بواحد منها أو بجزء منه، ومن ثم لا بد من مرجح يرجح واحدًا من الحقوق على الآخر.

ولعل مما يؤيد هذا أن ابن رجب ذهب إلى أن الحقوق المتزاحمة لو وجد ما يسقط بعضها بحيث يمكن استيفاء باقي الحقوق فإنه التزاحم يزول، بما يعني أن التزاحم لكي يتحقق ويكون له أثر لابد فيه من التضحية بأحد الحقوق[3]، بل إن الإمام الخطيب الشربيني (ت:977هـ) جعل مناط التزاحم

---

(1) وهذا هو الظاهر من عبارة الإمام الزركشي في المنثور، من جعله التزاحم حاصلًا في المصرف، وتفريعه عليه اجتماع الشفعاء المتساوين في الدرجة.

يراجع المنثور في القواعد جـ 1 ص 285، 286.

(2) ما يأتي رقم 26 ص 47 وما بعدها.

(3) القواعد في الفقه الإسلامي، للعلامة ابن رجب الحنبلي، ط: مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة ص 24.

عند وجود النقص من الحق، ويفهم منه بالأولى وجوده عند زوال الحق بحق آخر أولى منه، وقد قرر هذا عند كلامه على ميراث الأخوات مع البنات، فقال: "إذا كان في المسألة بنتان أو بنات ابن وأخوات أخذ البنات أو بنات الابن الثلثين، فلو فرضنا للأخوات وأعلنا المسألة نقص نصيب البنات أو بنات الابن فاستبعدوا أن تزاحم الأخوات الأولاد أو أولاد الابن ولم يمكن إسقاطهن، فجعلن عصبات ليدخل النقص عليهن خاصة"[1]، فنراه هنا قد جعل النقص من الحق هو الأساس في وجود مزاحمة الأخوات للبنات في القدر الموروث المفروض لهن.

وهذا ينطبق أيضا على اجتماع عقوبات هي حق لله تعالى على المكلف بارتكابه موجبها، ولم يكن من بينها قتل، وكانت مختلفة الجنس والسبب، فإنها تقام عليه جميعًا، لأن تنفيذ بعضها دون بعض لا يحقق المقصود الشرعي منها، نظرًا لاختلاف الأغراض فيها، فمثلًا حد الزنا شرع صيانة للأنساب، وحد القذف صيانة للأعراض، وإن كان أمره يعود إلى حفظ النسب وصيانته، وحد الشرب صيانة للعقول، وحد السرقة حفظًا للمال.[2]

وعليه فإذا ارتكب مكلف موجب هذه العقوبات؛ بأن سرق وزنا وقذف وشرب الخمر، فإن عقوبات هذه الأفعال يجب تنفيذها عليه جميعًا بالحكم القضائي الصادر بثبوتها عليه، فاجتماعها عليه، وهي حقوق لله تعالى، يمثل تزاحمًا لهذه الحقوق على المكلف، ولكن لا أثر له على دفع واحدة منها بالكلية أو بصورة جزئية، نظرًا لوجوب تنفيذها جميعًا على المكلف،وسيأتي تفصيل حالات تداخل العقوبات فيما بعد.[3]

ولا يقدح في هذا اختلاف الفقهاء في أي منها هو الذي يبدأ به في التنفيذ، ذلك أن هذا الخلاف لا يؤدي إلى إسقاط حد منها، بل الحدود كلها واجبة

---

(1) مغني المحتاج جـ 3 ص 19.

(2) الدكتورة شادية أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 743.

(3) ما يأتي رقم 40 ص 95 وما بعدها.

عليه، وما دام أنه لا يسقط واحد منها فإن التزاحم هنا لا يكون حقيقيًا مثمرًا عن سقوط حق إما بصورة كلية أو بصورة جزئية.

وعلى هذا كله يمكن القول بأن توارد الحقوق على محل واحد يؤدي في الأصل إلى تزاحم، إلا إذا وجد ما يمنع من ثبوت بعض الحقوق، بحيث لم يبق إلا حق واحد في المحل، فلا يتحقق التزاحم في هذه الحال.

وأما إذا وجد التزاحم فيمكن تقسيمه قسمين:

الأول: تزاحم ظاهري أو شكلي: ويكون عند توارد الحقوق على محل واحد مع إمكان الجمع بينها والعمل بها جميعًا، وهذا راجع إلى أن الحقوق كلها موجودة ولا يوجد سبب يبرر دفع بعضها، وإسقاطه، بل كان في الإمكان العمل بها جميعًا.

ونرى أن هذا الموطن خارج عن نطاق البحث؛ ذلك أن المعنى اللغوي يساعد على استبعاده، لأن إمكان العمل بكل الحقوق، مع تواردها على محل واحد، لا يؤدي إلى ضيق وتنازع بين الحقوق، وهو معنى التزاحم في اللغة، بعكس الحال في صورة ترك الحق كليًا أو جزئيًا لمزاحمة غيره له فإن التنازع والضيق يكون ظاهرًا، وعليه لا يكون التعرض للتزاحم الذي يمكن العمل فيه بكل الحقوق إلا من حيث بيان مقابله، وتوضيح بعض المسائل المتعلقة بالتزاحم الحقيقي إن جاز التعبير، وسيأتي بيان نطاق التزاحم المعني بالدراسة والمثمر عن لزوم تقديم حق على حق.

الثاني: تزاحم حقيقي: ويكون عند توارد الحقوق على محل واحد ولم يمكن الجمع بينها، بل لابد من التضحية بواحد منها أو بجزء منه وتقديم غيره عليه لمرجح أدى إلى ذلك.

ويدخل في هذا القسم التزاحم بين الحقوق المتساوية عند اللجوء إلى العمل بالقرعة، فإن اللجوء إليها إنما كان لتعذر العمل بالجميع، بل لابد من

التضحية ببعضها وإسقاطه والعمل بالآخر، ونظرًا لعدم وجود المرجح لبعضها على الآخر فلابد من الاقتراع لدفع البعض من الحقوق.

كما يدخل فيه أيضًا تقديم حق على آخر في الحقوق المتساوية بناء على تخير المكلف، فإن اختياره واحدًا منها على غيره هو ترجيح له من جهة العمل، لا في الحق ذاته، إذ الحقوق الفرض فيها التساوي في هذه الحالة.

الفرع الثاني

محل التزاحم وتحديد نطاقه

28- تمهيد:

مما سبق ذكره في أقسام الحق وفي أقسام التزاحم يمكن القول بأن التزاحم يمكن أن يحصل بين حقوق متعددة سواء كانت متساوية في الرتبة أو كانت متفاوتة فيها، وعليه فالتزاحم يتصور حصوله في مرحلة سابقة على البحث عما يمكن عمله لرفع وإزالة هذا التزاحم، ويكون من وسائل رفعه بعد حصوله إما الجمع، أو البحث عن مرجح لتقديم بعض الحقوق على بعض عند عدم إمكانه، أي الجمع، وإما التداخل في بعض الحالات.

وكون التزاحم سابقًا على البحث عن وسائل لرفعه وإزالته، ليس غريبًا على النظر الفقهي؛ ففي التعارض بين الأدلة، والذي يحدث في ظن المجتهد، يبحث عما يرفع به هذا التعارض، ومن بين وسائل رفعه كون أحد الدليلين ناسخًا للآخر، وإذا تعذرت معرفة ذلك فإنه يبحث في إمكان الجمع بين الأدلة وإذا أمكن العمل بالجميع وجب المصير إليه دون إهدار دليل منها[1]، وإذا لم يمكن وجب البحث عن مرجح من كون أحد الدليلين أقوى من الآخر لأمارة تدل

---

(1) يراجع في تفصيل ذلك:البحر المحيط في أصول الفقه، للإمام الزركشي، المرجع السابق جـ4 ص425 وما بعدها.

على ذلك، وإذا تعذر فإن الفقيه يتوقف، فلما كانت وسائل الرفع للتعارض لاحقة عليه، كان هو سابقًا عليها.

وإذا كان الأمر كذلك وأن التزاحم سابق على وجود ما يزيلـــه، أو مـــا يعالجه على العموم، فيثور البحث عن محل التزاحم بين الحقوق ونطاقه، والذي يلوم لوجود التزاحم بين الحقوق هو ورود تلك الحقوق على محل واحـــد، مـــع لزوم التنفيذ لكل واحد منها، وهذا ما نبينه ففي الفقرة الآتية.

29- اتحاد المحل ووجوب التنفيذ أمران لازمان لحصول التزاحم:

غير أن المهم في تحديد نطاق التزاحم، سواء كان التزاحم بين حقـــوق متساوية أو متفاوتة، أن يتحد المحل الذي تتوارد عليه هذه الحقوق وأن يكون كل حق متزاحم واجب التنفيذ، كما سبق في تعريف التزاحم عند الإمام الزركـــشي، فإذا لم يتحد المحل، بل وجدت عدة حقوق في محال مختلفة، أو توارد على محل واحد وكان الواجب في التنفيذ هو حق واحد منها فقط، ففي هذه الحالـــة لا يتصور تزاحم ولا تعارض بين حقوق، ذلك أنه لا يوجد إلا حق واحد في محل واحد في الحالين، فكيف يتأتى مزاحمة الآخر له.

ومثال الحالة الأولى: أن يجتمع على أكثر من مكلف عقوبـــات حديـــة واحدة ارتكب كل منهم موجبها كأن زنا رجلان بامرأتين، فإن ينزل حـــد الزنـــا على كل زان، وهو حق لله تعالى، لا يتزاحم مع الآخر، لعدم تعلق كـــل حـــق منهما بمحل.

ومثال الحالة الثانية: ما إذا شهد أحد شهر رمضان وكان الصوم يضره، فهنا لا يجب عليه مراعاة الصحة والصوم حتى يقدم الصحة على الصوم، وإنما تجب عليه مراعاة الصحة فقط، وأما الصوم فلم يجب عليه في الأصل، فحق الله

تعالى لم يجب على المكلف حتى يقال إنه زاحم حق العبد، بل من لطفه ورحمته أنه أسقط عنه التكليف.(1)

كما يأخذ الحكم نفسه لو سقطت بعض الحقوق المتزاحمة بموجب شرعي، فلا يتصور تزاحم في الحقيقة، ويدل له ما ذكره ابن رجب الحنبلي في القواعد من قوله:" لو اشترى عيناً ورهنها، أو تعلق بها حق شفعة، أو جناية، ثم أفلس، ثم أسقط المرتهن، أو الشفيع، أو المجني عليه، حقه فالبائع أحق بها من الغرماء، لزوال المزاحمة".(2)

وقد أكد الإمام الكاساني على أن إسقاط بعض الحقوق لسبب ما يؤدي إلى زوال التزاحم، والمثال الذي يوضح ذلك هو تزاحم الشفعاء فإنه يؤدي إلى أن كل واحد منهم يستحق بنسبة حقه ويقسم المال المشفوع فيه بينهم على هذا، لكن إذا أسقط بعضهم حقه صار الحق جميعه لمن لم يسقط حقه دون مزاحمة أحد له، ومعنى هذا أن التزاحم زال بسبب سقوط الحق، فالمحل ليس مشغولاً بحقوق متعددة، بل بحق واحد.(3)

ويفرق في هذ الصدد بين الموانع التي تمنع من ثبوت الحق ولا يتصور معها التزاحم وبين المرجحات التي ترجح حقًّا على آخر عند التزاحم، ففي الموانع لا يثبت الحق أصلاً ولا ينشغل به المحل ومن ثم فلا يتصور أن يزاحم حق خر، وفي المرجحات الحق ثابت وموجود ومشغول به المحل وهو واجب النفاذ لو انفرد في المحل، وهو الذي عناه الإمام الزركشي بالتزاحم في المصرف والتزاحم في الاستحقاق.(4)

---

(1) حق الله وحق العبد، للأستاذ الشيخ محمد جواد مغنيه، بحث منشور في رسالة الإسلام التي تصدر عن دار التقريب بين المذاهب الإسلامية بالقاهرة، السنة الثامنة، العدد الرابع (ربيع الأول 1376هـ/ أكتوبر 1956م) ص 353، وهو العدد الثاني والثلاثون من عمر المجلة.

(2) القواعد ص 24.

(3) بدائع الصنائع جـ 5 ص 6.

(4) المنثور في القواعد جـ 285.

لكن وجود مقومات في الحق الآخر أو في شخص من ثبت له الحق، جعلت الحق الآخر هذا أولى بالتحصيل، ويؤيد هذا أمران: الأول: أن الحق المرجوح يكون واجب التحصيل والنفاذ في المحل لو كان وحده. الثاني: أنه لو عدمت المرجحات فإنه يتساوى مع الحق الآخر وينفذان جميعا في المحل، فإذا وسعهما المحل كان بها، وإلا فإن كل حق ينفذ بحصته.

وهذا كله مفقود في الحق الذي لم يثبت لوجود ما يمنع منه، فمن ناحية لا يثبت الحق ولو انفرد، وهذا ملاحظ من بحث الموانع التي تمنع من الإرث، فإن الوارث استحق الإرث بسبب من أسبابه، لكن وجود المانع منع من هذا الحق، ولو كان وحده في التركة. كما أنه لا عمل للمرجحات هنا، إذ عملها عند ثبوث الحقوق، وهو معدوم، والأمر يقال في الحق في الحضانة، فإنها، أي الحضانة تثبت لجملة من أقارب المحضون، وهي حق لكل واحد منهم، وتكون وفق ترتيب معين، سيأتي تفصيله فيما بعد، فإذا وجد مانع في واحد منهم وكان في درجة مساوية لحاضن آخر فلا تزاحم هنا، لأن المانع القائم به منع من ثبوت الحق له، فلم يبق إلا حق الحاضن الآخر فتكون الحضانة له.

لكن الموانع في بعض الحالات قد لا يكون متفقًا عليها بين الفقهاء، فينتج من ذلك الخلاف في وجود التزاحم من عدمه، فإذا كان هناك مانع يمنع من الحكم أو هناك شرط اشترطه بعض الفقهاء للحكم وليس شرطًا عند الآخرين، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم ثبوت الحق في حال المانع، وفي حال عدم الشرط عند من اشترطه، فيوجد حق دون آخر في المحل الواحد، ومن ثم لا يتصور التزاحم في هذه الحالة.

ويتفرع على هذا أنه لا تزاحم بين الزكاة، وهي حق الله تعالى، وحق المرتهن، وهو حق للعبد، في العين المرهونة عند الحنفية، ذلك أنهم يجعلون

الرهن مانعًا من موانع وجوب الزكاة، فالعين مضمونة بالدين، وعليه فلا حق يبقى في هذه العين إلا حق المرتهن في استيفاء دينه منها.

ويتصور التزاحم بين هذه الحقوق في العين المرهونة عند غير الحنفية، وإن كانوا يختلفون في طريقة استيفاء هذه الحقوق المتزاحمة، وسيأتي بيانه فيما بعد.

كما أن وجود الضرورة يمنع من التزاحم، إذ معها يتحول الحكم من الحظر إلى المشروعية، ومن ثم فإن حق الله تعالى هنا في بقاء المحظور وامتثال المكلف له قد أبيح ولم يعد محظورًا بالنسبة لهذا المكلف، ومن ثم فقلب التكليف من الحرمة والحظر إلى الإباحة والمشروعية لا يجعل هناك بقاء لحق يمكن أن يزاحم أو ينازع حقًا آخر.

وفلسفة التشريع هي التي اقتضت التضحية بأحد الحقين المتصور تزاحمهما في الذهن فقط، حتى يتأتى فهم إباحة ما كان محظورًا، وبالجملة، كما عبر البعض، بحق، "إن الحقين لا يتزاحمان إلا إذا بلغ كل منهما مرتبة التنفيذ"[1]، ولا تنفيذ هنا مستحق بالشرع إلا لأحد الحقين.

أما إذا بلغ كل منهما مرتبة التنفيذ فهنا يكون التزاحم، كما سبق، ومثال ذلك: لو رأى المصلي ماله مشرفًا على التلف، وتوقف حفظه على قطع الصلاة الواجبة بحيث إذا مضى في صلاته ذهب المال، وإذا قطعها استطاع أن يحفظه، فهذا المورد ونظائره يجتمع فيه الحقان، ويجري الترجيح والتقديم.[2]

غير أن معايير التقديم للحقوق لم تكن على وتيرة واحدة من حيث اتفاق الفقهاء في اعتبارها في الموازنة بين الحقوق والمفاضلة بينها، بل إن المعيار

---

(1) حق الله وحق العبد، للشيخ محمد جواد مغنيه، البحث السابق ص 353.

(2) حق الله وحق العبد، للشيخ محمد جواد مغنيه، البحث السابق ص 354.

الواحد كان محل خلاف بين الفقهاء في العمل به فهذا المجال، فإذا جئنا، مثلًا، إلى معيار قوة الحق، وبناءً عليه يقدم الحق القوى على غيره، نجد أن معيار القوة نفسه لم يكن محل اتفاق بين الفقهاء في أغلب الحالات، بل بعضهم يجعل الحق مقدم لقوته، في حين أن البعض الآخر لا يقدمه نظرًا لعدم قوته عنده، ويقدم آخر عليه.

ومن هنا فقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أنه: "لا يوجد في الشريعة الإسلامية قاعدة عامة تستتبع تقديم حق العبد مطلقًا وفي جميع الحالات، وإنما يختلف التقديم والتأخير باختلاف الموارد، فقد يقدم حق الله، وقد يقدم حق العبد، وقد يتساويان".[1]

---

(1) حق الله وحق العبد، للشيخ محمد جواد مغنيه، البحث السابق ص 355.

الفصل الثاني

الضوابط المعينة على معالجة التزاحم
وتقديم حق على آخر

30- تمهيد وتقسيم:

مما لا ريب فيه أنه في حال تزاحم الحقوق فإن أمكن العمل بها جميعًا وعدم طرح حق منها فإنه يجب المصير إليه، ذلك أنه من المقرر أن الجمع أولى من الترجيح، وأن الإعمال أولى من الإهمال.(1)

وقد فرع بعض الفقهاء على هذا أنه:" (من لزمه) لجماعة (قصاص) في نفس، (وقطع) لطرف آدمي، (وحد قذف) لآخر، (وطالبوه) بذلك، (جلد) أولًا للقذف، (ثم قطع) لقصاص الطرف، ثم قتل لقصاص النفس، لأن ذلك أقرب إلى استيفاء الجميع".(2)

ففي هذا الموضع اجتماع حدود الله تعالى وحقوق الآدميين، وأمكن إقامتها جميعًا في كل حالة، فذهب النووي (ت:676هـ) والخطيب، وهو مذهب الشافعية، إلى وجوب إقامتها. وسيأتي بيان ذلك فيما بعد.

أما إذا لم يمكن العمل بها فإنه يبحث عن مرجح لتقديم حق على آخر، وقد اجتهد الفقه في تقديم جملة من المرجحات يستعان بها في الموازنة بين الحقوق ثم الخلوص إلى تقديم بعض منها على البعض الآخر، وهذا ثابت بالنظر في التعليل الذي يورده الفقهاء في المسائل المختلفة التي يقدم فيها حق على آخر عند تزاحمها، أي الحقوق.

ويدخل تحت هذا: العمل بحق واحد بالقرعة في حال تساوي الحقوق في الرتبة، ذلك أن القرعة في ذاتها من المرجحات، ومن ثم فإنه بعدها لا يصدق أننا جمعنا بين الحقوق وعملنا بها، بل طرحنا واحدًا لمرجح اقتضى ذلك.

---

(1) في هذا المعنى: البحر المحيط جـ 4 ص 427؛ بدائع الصنائع جـ 7 ص 10.

(2) مغني المحتاج جـ 4 ص 184، وكذلك في المعنى نفسه: ص 185.

ويمكن تقسيم هذه المرجحات قسمين:

الأول: مرجحات تتعلق بالحق نفسه.

الثاني: مرجحات تتعلق بمن ثبت له الحق، أي بوجود مقومات في شخص من ثبت له الحق تجعله مقدمًا على غيره ممن ثبت له الحق نفسه.

وعلى هذا نسير في خطة بحث هذا الفصل، فنحاول صياغة بعض الضوابط التي تعين على الترجيح بتقديم حق على آخر، وذلك من خلال تتبع تعليلات الفقهاء في الفروع الفقهية، ويلاحظ أن بعض هذه المرجحات يمكن أن يدرج ضمن تقسيم من التقسيمين السابقين، لكن قد يغلب عليه الإلحاق بواحد منهما، فنلحقه به وفق غلبة الظن في ذلك.

وعليه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نبين فيهما الضوابط السابقة.

المبحث الأول

مرجحات تتعلق بالحق نفسه

31- إجمال المرجحات التي تتعلق بالحق:

يمكن إجمال ما يرجح حقًّا على آخر ويجعله مقدمًا عليه في جملة من المعايير ترجع إلى قوة الحق نفسه، وعليه إذا تواردت الحقوق على محل واحد وكان بعضها أقوى من بعض فإن الأقوى منها هو الذي يقدم ويجب العمل به، ويترك الحق الأدنى منه، ويمكن صياغة بعض الضوابط التي تبين ذلك فيما يأتي.

- ما فرض على الأعيان أقوى من غيره من المطلوبات الشرعية.
- ما تعلق بالأعيان أقوى وأولى مما تعلق بالذمة.
- ما كان فيه مصلحة أعلى أولى مما فيه مصلحة أدنى منها.
- ما كان عقوبة لآدمي مقدم على ما كان عقوبة لله تعالى.

ونبين هذه الضوابط فيما يأتي:

32- ما فُرض على الأعيان مقدم على غيره من المطلوبات الشرعية:

لا يخلو طلب الشارع للفعل من أن يكون طلبًا جازمًا، أو أن يكون غير جازم، والأول هو الفرض أو الواجب والثاني هو المندوب أو السنة.

والفرض إما أن يكون على الأعيان، وإما أن يكون على الكفاية، والظاهر أن الطلب يكون على الأعيان إذا كانت المصلحة المتكررة المترتبة عليه لا تتحقق إلا بقيام كل فرد بالتكليف، وذلك كالصلاة والصوم، فالمصلحة الشرعية، والتي هي التهذيب، من هاتين العبادتين، وأمثالهما مما فرض على الأعيان، لا تكون إلا بقيام المكلف بنفسه بالتكليف، ولا تحصل بقيام غيره به، فالمنظور فيه هو ذات المكلف. أما الطلب على الكفاية فالمصلحة الشرعية لا

يلزم لتحقيقها وحصولها أن يقوم بها كل مكلف، بل تتحقق بقيام البعض، غير أنه إذا تقاعس الكل عن التكليف فاتت المصلحة من كل وجه، ومن ثم يتعلق الإثم بكل فرد لتفويته التكليف، وبعبارة موجزة، كما قال الإمام القرافي:" فرض العين يقصد فيه عين الفاعل ابتلاءً له بتحصيل الفعل المطلوب، وفرض الكفاية يقصد فيه حصول المطلوب من غير نظر إلى الفاعل إلا بالتبع، من حيث إن الفعل لا يوجد بدون فاعل".(1)

وقد ضبط العلامة ابن حسين المكي الفرق بين فرض العين وفرض الكفاية، نقلًا عن الفروق، فقال:" كل فعل تتكرر مصلحته بتكرره فهو فرض عين، شرعه صاحب الشرع على الأعيان تكثيرًا للمصلحة بتكرر ذلك الفعل، كصلاة الظهر، فإن مصلحتها الخضوع لله تعالى وتعظيمه ومناجاته والتذلل له والمثول بين يديه والتفهم لخطابه والتأدب بآدابه، وهذه المصالح تتكرر كلما كررت الصلاة. وكل فعل لا تكرر مصلحته بتكرره فهو فرض كفاية، جعله صاحب الشرع على الكفاية نفيًا للعبث في الأفعال، كإنقاذ الغريق إذا شاله إنسان فإن النازل بعد ذلك في البحر لما لم يحصل شيئًا من المصلحة المترتبة على الإنقاذ من حفظ حياة الغريق، لأنها قد حصلت، لم يخاطب بالوجوب؛ إذ لو خوطب حينئذ لكان بلا مصلحة يثبت الوجوب لأجلها، فيكون عبثًا".(2)

---

(1) الفروق جـ 1 ص 212.

(2) تهذيب الفروق جـ 1 ص 211.

وقد يثار في هذا الصدد التساؤل عن سقوط التكليف في فرض الكفاية عمن لم يفعل بفعل البعض الآخر، خاصة أن فرض الكفاية يقع في الأفعال البدنية، والأصل أن الأفعال البدنية لا ينوب فيها فعل أحد عن أحد ولا يجزئ، بل كيف سوى الشرع بين من فعل ومن لم يفعل؟. وقد صور الإمام القرافي هذا الاعتراض وأجاب عنه في الفروق جـ 1 ص 212، 213 وقال في الجواب:" أن السقوط هنا ليس بنيابة الغير، كما ذكره السائل في القاعدة، بل من قاعدة أخرى وهي سقوط الوجوب عن المكلف لعدم حكمة الوجوب، لا لأن الغير ناب عن غيره، فإذا شال زيد الغريق سقط عن جميع الناس الوجوب، لأنه لو بقي لبقي لغير فائدة وحكمة، لأن الحكمة حفظ حياة الغريق وقد حصلت فلم تبق بعد ذلك حكمة يثبت الوجوب لأجلها، فهذا هو سبب السقوط عن غير الفاعل لا النيابة والتسوية فسبب السقوط عن الفاعل فعله وعن غير الفاعل المعنى المذكور وأما التسوية بين الفاعل وغير الفاعل فما ذلك إلا في معنى السقوط لا في الثواب بل الفاعل يثاب وغير الفاعل لا ثواب له على فعل الغير البتة".

وعلى هذا الأساس فإن فرض العين أقوى من فرض الكفاية، ذلك أن فرض العين مصلحته متكررة فهي أكبر، ثم إنه لا يقوم به أحد عن أحد، ولا يكون إلا بقيام المكلف به، أما فرض الكفاية فمصلحته ليست متكررة، ويمكن تحصيله بقيام البعض.

قال الإمام القرافي: "ويقدم فرض الأعيان على الكفاية لأن طلب الفعل من جميع المكلفين يقتضي أرجحية ما طلب من البعض فقط، ولأن فرض الكفاية يعتمد عدم تكرر المصلحة بتكرر الفعل، والأعيان يعتمد تكرر المصلحة بتكرر الفعل، والفعل الذي تتكرر مصلحته في جميع صوره أقوى في استلزام المصلحة من الذي لا توجد المصلحة معه"[1]، وكان الإمام مالك رحمه الله يقول: "الحج أفضل من الغزو، لأن الغزو فرض كفاية والحج فرض عين"[2]، فجعل فرض العين أقوى من فرض الكفاية.

وهذا الضابط يعمل في حقوق الله تعالى، وبصفة خاصة في العبادات، ويترتب عليه أنه إذا تزاحمت حقوق الله تعالى فإنه يقدم منها ما هو فرض عين على ما سواه.

ويتفرع على هذا[3] أنه إذا تزاحمت صلاة الجنازة، على القول بفرضيتها[4]، مع ما هو فرض عين من الصلوات، كالصلوات الخمس وصلاة الجمعة، وكانت وقت فرض العين ضيقاً لا يسع إلا إحداهما، فتقدم صلاة فرض العين على

(1) الفروق جـ 2 ص 331.

(2) الفروق جـ 2 ص 333.

(3) ويراجع في التفريع على ذلك: منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، للعلامة: محمد عليش، ط: دار الفكر، بيروت (1409هـ/ 1989م) جـ 2 ص 200؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبدالسلام جـ 1 ص 143 وما بعدها.

(4) منح الجليل جـ 1 ص 351؛ حاشية الدسوقي جـ 1 ص 255.

صلاة فرض الكفاية[1]،ومن باب أولى تقدم الصلوات المفروضات على المندوبات عند ضيق الوقت، وقد صرح الإمام السيوطي أن الفرض أفضل من النفل، وذكر أن ابن السبكي قال بأن هذا أصل مضطرد لا سبيل إلى نقضه بشيء من الصور[2]، ومستند ذلك ما رواه الإمام البخاري (ت:256هـ) من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ:" إن الله قال: من عادى لي وليًّا فقد آذنته بالحرب، وما تقرب إليَّ عبدي بشيء أحب إليَّ مما افترضته عليه..". [3]

وكذا تقدم الصلاة الحاضرة المؤداة على الفائتة المقضية عند ضيق الوقت، وتعليل ذلك أن في الإتيان بالمقضية تفويتاً لمصلحة الأداء في الصلاتين، وفي تقديم المؤداة على المقضية عدم تفويت مصلحة الأداء في الصلاتين.[4]

أما إن كان وقت الفريضة متسعًا فتقدم صلاة الجنازة على غيرها خشية تغير الميت[5]، وفي تقديري أنه لا تزاحم حقيقي في هذه الحالة، إذ الحقوق جميعًا يمكن الإتيان بها جميعًا دون إهمال لواحد منها، ويقال هذا في بقية الفروع السابقة.

كما يدخل هذا الضابط أيضًا في حقوق العباد المجتمعة مع حق الله تعالى، ومن ذلك: منع الوالدين ولدهما من الجهاد أو طلب العلم، إلا إذا تعين كل منهما، فإن طاعة الوالدين فرض عين، وكل من الجهاد وطلب العلم فرض كفاية، فإذا تعين كل منهما على ولدهما فليس لهما المنع، ويقدم الجهاد وطلب

---

(1) بدائع الصنائع جـ 1 ص 317، وقال الكاساني رحمه الله تعالى في موضع آخر في جـ 7 ص 10: "ويشهد القاضي الجنازة، لأن ذلك حق الميت على المسلمين...إلا إذا اجتمعت الجنائز على وجه لو حضرها كلها لشغله ذلك عن أمر المسلمين، فلا بأس أن لا يشهد، لأن القضاء فرض عين وصلاة الجنازة فرض كفاية، فكان إقامة فرض العين عند تعذر الجمع بينهما أولى".

(2) الأشباه والنظائر ص 145.

(3) صحيح البخاري، كتاب الرقاق، باب التواضع، حديث رقم 6237 جـ 5 ص 2384.

(4) قواعد الأحكام جـ 1 ص 143.

(5) ينظر في هذا: مواهب الجليل جـ 2 ص 204؛ مغني المحتاج جـ 1 ص 320؛

العلم، وليس لهما منعه، ولا طاعة لهما في هذه الحالة[1]، والظاهر أن ذلك راجع إلى المصلحة المترتبة على الحكم في كل، ولا ريب أن مصلحة الجهاد وطلب العلم أقوى من مصلحة طاعة الأبوين. وألحق الشافعية بالوالدين في لزوم الطاعة جميع الأصول[2]، وقصره المالكية على الأبوين المباشرين[3]، وهو الظاهر عند الحنفية[4]، والحنابلة.[5]

وفي معنى هذا الضابط ما ذكره الفقهاء من أن ما فرض على الفور مقدم على ما فرض على التراخي، ومن ذلك ما إذا تعارض حق الزوج على الزوجة مع فرض الحج عليها، فهنا حقان تزاحما، حق العبد وحق الله تعالى، وكلا الحقين واجب، وحق الزوج واجب على الفور، فإذا قلنا بوجوب الحج على التراخي قدم حق الزوج، لأن ما كان على الفور أولى مما كان على التراخي، وإن قلنا بوجوب الحج على الفور فقد تزاحما حقان كلاهما واجب على الفور، فمن العلماء من ذهب إلى تقديم الحج على حق الزوج، لأن حق الله تعالى مقدم على حق العبد، وهذا القول هو الأولى بالأخذ به، ومن العلماء من ذهب إلى تقديم حق الزوج على الحج، على اعتبار أن حق العبد مقدم على حق الله تعالى، فهو مبني على المشاححة وحق الله تعالى مبني على المسامحة.[6]

وفي معنى هذا الضابط أيضًا تزاحم فرضين واجبين لله تعالى، وقد ضرب بعض فقهاء المالكية مثالًا لذلك بالصبي الذي أتي عرفة مراهقًا محرمًا وعليه العشاء وقد بلغ ولم يبق قبل الفجر إلا مقدار ركعة للعشاء أو الوقوف،

(1) بدائع الصنائع جـ 7 ص 98؛ منح الجليل جـ 3 ص 144؛ مغني المحتاج جـ 4 ص 217؛ كشاف القناع جـ 2 ص 385، 386، وجـ 3 ص 44، 45.

(2) مغني المحتاج جـ 4 ص 217.

(3) منح الجليل جـ 3 ص 144.

(4) بدائع الصنائع جـ 7 ص 98.

(5) كشاف القناع جـ 2 ص 385، 386، وجـ 3 ص 44، 45.

(6) في هذا المعنى: الفروق، للإمام القرافي جـ 2 ص 332.

فهنا لا بد من التضحية بواجب منهما، وكلاهما فرض، فاختلف فقهاء المالكية في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: يصلي مطلقًا، وهذا مبني على أن الصلاة واجبة على الفور بإجماع العلماء والحج مختلف في وجوبه على الفور أو التراخي، وما هو على الفور باتفاق أولى من غيره.

القول الثاني: يدرك الوقوف مطلقًا، وهو مبني على أن فوات الحج فيه مشقة كبيرة، إذ قد لا يمكنه الإتيان به بعد ذلك، وقاعدة الدين اليسر، لقوله تعالى:﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ﴾.(1)

القول الثالث: يفرق بين ما إذا كان من أهل الحجاز أو من غيرهم، فإن كان من أهل الحجاز صلى ولو فات الوقوف، وإن كان من غيرهم أدرك الوقوف أولًا. ولعل مبنى هذا القول مراعاة إمكان أداء فريضة الحج بعد الصلاة من عدمه، فلما كان الإمكان أقوى للحجازي قدمت الصلاة على الوقوف في حقه، ولما ضعف الإمكان في حق غيره قدم الوقوف على الصلاة.

القول الرابع: ذهب إلى أنه يدرك الوقوف ويصلي وهو ماش أو راكب، كصلاة المسايفة(2)، فيدركهما معًا.

---

(1) سورة الحج، من الآية رقم 78.

(2) قال السغدي (ت:461هـ): "وأما المسايفة، ويقال لها أيضًا صلاة المقاتلة، فهي إذا كان العدو حولهم يقاتلونهم من كل جانب لا يقدرون على الصلاة ركوعًا وسجودًا فإنهم يصلون بالإيماء رجالًا كل صفهم أو ركبانًا، فإن لم يقدروا فيكبرون لكل ركعة تكبيرة ويجزيهم ذلك". ومن ثم يحل فيها، للضرورة، ما كان محظورًا في الصلاة حال الاختيار، قال الخرشي (ت:1102هـ): "وحل في صلاة المسايفة ما هو حرام في غيرها من مشي كثير وركض، وهو تحريك الرجل، وهو أشد من المشي".

يراجع في ذلك: النتف في الفتاوى، للعلامة: أبي الحسن علي بن الحسن السغدي، ط: مؤسسة الرسالة، عما، بيروت، الطبعة الثانية (1404هـ/ 1984م) تحقيق: د. صلاح الدين الناهي جـ1 ص 83؛ شرح الخرشي على مختصر خليل، للعلامة: محمد الخرشي، ط: دار الفكر، بيروت جـ 2 ص 96.؛ ويراجع في أحكامها: حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 1 ص 392 وما بعدها؛ الفواكه الدواني جـ 1 ص 269.

والمقصود هنا أن يأتي مريد الوقوف بعرفة الذي يخشى فواته لو أتي بالصلاة على وجهها المعتاد شرعًا، أن يأتي بها على أي نحو أمكنه.

وقد رجح سيدي خليل (ت:767هـ) القول الأول ومشى عليه في المختصر وجعله الأصل، ورجح ابن الحاج (ت:737هـ) القول الرابع.(1)

والظاهر أن ما ذهب إليه ابن الحاج في الترجيح هو الأولى، إذ إنه أمكن الإتيان بالفرضين معًا، وحيث أمكن ذلك بوجه شرعي فالمصير إليه أولى من تفويت واحد منهما، وعلى هذا لا يكون هناك تزاحم حقيقي في هذه الحالة.

33- ما تعلق بالأعيان أقوى مما تعلق بالذمة:

إذا كان محل الحق عيناً من الأعيان فإن تعلقه بها يقويه ويقدمه على ما تعلق بالذمة، قال الخطيب الشربيني: "وما يتعلق بالعين يقدم على المتعلق بالذمة".(2)

ولعل ذلك راجع إلى أن الدائن المسند إليه الحق، وبصفة خاصة في حقوق العباد، لم يكتف فقط بمجرد الذمة لتعلق حقه بها، بل احتاط لدينه وطلب وثيقة عينية له، وهذا في ذاته يدل على أن الذمة أضعف من ناحية تعلق الديون بها من العين، إذ لو كانت مثل العين لاكتفى الدائن بتعلق حقه بها، ويضاف إلى ذلك أن الذمة أمر تقديري افترضه الفقهاء لتعلق الحقوق، والعين هي الأصل في تعلق الحقوق، ولما كانت هي الأصل كان ما تعلق بها أقوى مما تعلق بغيرها مما هو افتراضي وتقديري.

وهذا الضابط يطبق في حقوق العباد، كما يطبق أيضًا في حقوق الله تعالى، غير أنه يختلف في بعض من حقوق الله تعالى في تعلقها بالذمة أو العين، كما يأتي بيان ذلك.

---

(1) يراجع في هذه الأقوال: تهذيب الفروق جـ 2 ص 332.
(2) مغني المحتاج جـ 4 ص 230.

وعلى هذا فإذا تزاحمت ديون بعضها تعلق بالعين وبعضها تعلق بالذمة، فإن ما تعلق بالعين يقدم على ما تعلق بالذمة، ومن ثم فإنه يقضى أولًا وإن أتى على كل العين، فإذا بقى قدر من ثمن العين بعد وفاء ما تعلق بها فإنه يقضى منه الدين المتعلق بالذمة.

ونظرًا لأن التزاحم بين الحقوق المتعلقة بالدين والمتعلقة بالذمة يتصور بين حقوق الله تعالي وحقوق العباد، كما يتصور بين حقوق العباد قبل بعضهم البعض الآخر، كما يتصور أن يحصل بين حقوق الله تعالى نفسها، فمنها ما يتعلق بعين ومنها ما يتعلق بالذمة، فنظرًا لذلك فإنه يحسن أن نعطي من النماذج ما يبين حكم التزاحم في هذه الحالات.

34- أولًا: تزاحم حقوق الله تعالى مع حقوق العبد:

التزاحم في هذه الحالة متصور فيما يمثل حقًّا لله تعالى وفيما يمثل حقًّا للعبد، ومحلة في تعلق أحد الحقين بعين مالية والآخر في ذمة المكلف، وكلا الحقين يمثلان تكليفًا وحقًّا؛ فإذا نظرنا إلى من عليه الحق سواء تعلق بعين من أعيان ماله أو بذمته كان تكليفًا، وإذا نظرنا إلى من له الحق كان حقًّا.

والصورة التي يمكن أن يحصل فيها التزاحم بين هذين الحقين هي الزكاة والديون التي للعباد، نظرًا إلى أن كلا الحقين يمكن أن يتعلق بعين مالية.

ولا ريب أن الزكاة هي حق لله تعالى مقررة لمصلحة المستحقين لها المذكورين في قوله تعالى:﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾[1]، كما أن الدين الذي هو حق ثابت لغيره يمثل تكليفًا عليه أيضًا، من حيث إنه واجب الوفاء عليه، ومن ثم فهنا حقان واجبان عليه؛ حق الله

---

(1) سورة التوبة، الآية رقم 60.

تعالى وحق العبد، فإذا اجتمع هذان الحقان، ولم يتسع المال لهما، فـأي منهمـا المقدم؟.

لا يخلو الحال من أن يكون دين العبد متعلقًا بعين أو متعلقًا بالذمة، وفي كل لا يخلو الحال من أن تكون الحقوق المتزاحمة حال حياة من عليه الحـق أو حال وفاته، فهذه أربع صور، ونبينها فيما يأتي.

35- **أ- التزاحم بين الزكاة ودين العبد الموثق برهن حال الحياة:**

إذا كان للإنسان عين مالية ورهنها في دين عليه وكانت هذه العين ممـا تجب فيها الزكاة كالماشية والعين والحرث(1)، فهل يقدم الدين المتعلـق بهـا؟ أو تقدم الزكاة؟.

مما لا خلاف فيه بين الفقهاء أنه إن كان الدين حالًا ووجبت الزكاة فـي العين المرهونة، فإذا أخرجها الراهن من مال آخر غير العين المرهونة فالرهن على حاله ويوفى الدين منها دون مزاحمة حق آخر له، لكن إن امتنع المـرتهن أن يخرجها من العين المرهونة وامتنع الراهن أن يخرجها من ماله، أو لم يكـن له مال(2)، ولا يمكن وفاء الحقين من العين المرهونة فقد اختلف الفقهاء فـي أي من الحقين هو المقدم على ثلاثة أقوال:

---

(1) قال الإمام المازري رحمه الله تعالى (ت: 536هـ):" ثم وضعها، أي وضع الشارع الزكاة، في الأموال النامية: العين، والحرث، والماشية......... والإجماع على تعلق الزكاة بأعيان هذه المسميات".

المعلم بفوائد مسلم، للعلامة: أبي عبدالله محمد بن على بن عمر المازري، ط: المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات (بيت الحكمة) الجزائر (1988م) جـ 2 ص 5.

(2) يراجع في هذا المعنى: الحاوي الكبير، للعلامة: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1419هـ/ 1999م) تحقيق: على محمد معوض، وعادل أحمد عبدالموجود جـ 3 ص 206.

القول الأول: ذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] إلى أن الزكاة تجب في العين المرهونة، فالرهن لا يمنع وجوب الزكاة عندهم لثبوت الملك في العين المرهونة للراهن[3]، لكن لا يخلو الحال، في الاستيفاء الذي يرتب أي الحقوق هو المقدم، من أن يكون للراهن أموال أخرى غير العين المرهونة أو لا: [4]

فإذا كانت له أموال أخرى فقد اختلف أصحاب هذا القول فيما تخرج منه الزكاة، فذهب الشافعية وقول عند الحنابلة، إلى أن علي الراهن أن يؤدي الزكاة من غير العين المرهونة، أي يجبر على ذلك، لأنها من مؤنة الرهن[5]، ولتعلق حق المرتهن بها بما يمنع الراهن من التصرف فيها[6]، وإخراج الزكاة منها تصرف فيها، وهو ممنوع، هذا فضلًا عن أن الزكاة متعلقة بالعين المالية تعلق رهن، أي تتعلق بالمال كتعلق حق المرتهن في العين المرهونة، ومن ثم إذا لم يجد القاضي ما يوفي الدين من العين المالية المرهونة باع علي الراهن بعض ماله للوفاء منه، فكذلك هنا.[7]

وهذا القول هو المذهب عند الحنابلة كما صرح به ابن رجب (ت:795هـ).[8]

وعلى هذا القول لا يتصور تزاحم حقيقي بين الحقوق إلا من جهة التعليل الذي قالوا به من أن الزكاة متعلقة بالمال كتعلق حق المرتهن، ومن

---

(1) المجموع شرح المهذب، للإمام شرف الدين بن يحيي النووي، ط: دار الفكر، بيروت (1997م) جـ 5 ص 431، 432؛ الحاوي الكبير جـ 3 ص 206.
(2) كشاف القناع جـ 2 ص 174.
(3) الحاوي الكبير جـ 3 ص 206.
(4) القواعد لابن رجب ص 429.
(5) الحاوي الكبير جـ 3 ص 206؛ القواعد لابن رجب ص 430.
(6) في هذا المعنى: كشاف القناع جـ 2 ص 174.
(7) في هذا المعنى: القواعد لابن رجب ص 430.
(8) القواعد لابن رجب ص 430.

ثم فإن العين المالية على هذا التعليل تعلق بها حقان، حق العبد المتمثل في الدين، وحق الله تعالى المتمثل في الزكاة، فقدم حق العبد هنا ووجبت الزكاة في مال آخر.

وذهب بعض الحنابلة[1] إلى أن الزكاة تؤخذ من العين المرهونة لا من غيرها، وهذا راجع إلى أن الزكاة الواجبة في العين تعلقت بها تعلق استيفاء، كتعلق حق ولي الجناية برقبة العبد الجاني[2]، ومن ثم تسقط الزكاة بهلاك العين المرهونة، أما إذا كانت باقية فإن الزكاة تستوفى منها، غير أنهم لم يصرحوا بالحق المقدم في هذه الحالة.

قال ابن رجب:" متى قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله إخراجها منه أيضًا، لأنه تعلق قهري وينحصر في العين، فهو كحق الجناية".[3]

والظاهر أنه نظرًا لتساوي الحقين في تعلقهما بالعين المالية فإنهما يتساويان في الاستحقاق، وهذا هو الظاهر من قول الإمام ابن رجب:" فله إخراجها منه أيضًا"، أي كما يخرج الدين من العين فإن الزكاة تخرج منها أيضًا، وعليه فالظاهر أيضًا أن القسمة بينهما تكون قسمة غرماء، فيقسم المال على حسب نسبة كل حق إلى العين المرهونة.

---

(1) القواعد لابن رجب ص 430.

(2) هناك أربعة أقوال في تعلق الزكاة: الأول: تتعلق بالعين تعلق الشركة، أي كتعلق حق الشريك في المال المشترك. والثاني: تتعلق بالعين تعلق أرش الجناية، أي كتعلق حق أولياء الجناية برقبة العبد الجاني. والثالث: تعلق المرهون، أي كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة. والرابع: لا تتعلق بالعين بل بالذمة فقط، وتكون العين خلوا من التعلق.
وعلى هذه الأقوال ينبني الكثير من الأحكام فيما يتعلق بتقديم الزكاة على حق المرتهن أو تقديمه عليها.
يراجع في ذلك: المجموع جـ 5 ص 429؛ وفي المغنى نفسه: القواعد لابن رجب ص 430.

(3) القواعد لابن رجب ص 430.

وهذه الحالة تمثل تزاحمًا حقيقيًّا بين حقوق الله تعالى وحقوق العبد، إذ كل منهما واجب الوفاء، والمال لا يتسع لها، أي لا يمكن الجمع بينها والعمل بها جميعًا، بل يلزم التضحية بجزء من كل حق منها.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن المقدم هنا حق المرتهن المتعلق بالعين، وهذا مبني على أساس أن الرهن مانع من الزكاة، وما دام الأمر كذلك، لا تعد هذه الحالة ضمن حالات التزاحم الحقيقي، ذلك أن المانع منع من ثبوت الحق، وما دام أنه لم يثبت فلا يتصور مزاحمته لحق آخر.

هذا كله فيما إذا كان للراهن عين مالية أخرى غير العين المرهونة، أما إذا لم تكن لمالك العين المرهونة إلا هي فعلى قول الحنفية السابق لا زكاة فيها، لمنع الرهن إياها، كما هو الأصل عندهم، ولكن يتأتى البحث على مذهب الحنابلة والشافعية، وهم قد اختلفوا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب إلى أن الزكاة تؤخذ من العين المرهونة، وتقدم على حق المرتهن، وهذا بناء على أن الزكاة متعلقة بالعين، وهذا قول عند الشافعية[1]، وهو قول الحنابلة.[2]

وعلل الماوردي (ت:450هـ) تقديم حق الله تعالى بذلك، أي بتعلق الزكاة بالعين المرهونة[3]، وقال النووي إنه أصح الوجهين[4]، وعلله بأن الزكاة"متعلقة بالعين، فأشبهت أرش الجناية".[5]

---

(1) الحاوي الكبير جـ 3 ص 206.
(2) القواعد لابن رجب ص 429.
(3) الحاوي الكبير جـ 3 ص 206
(4) الوجه هو ما خرجه أصحاب الشافعي على أصوله أو استنبطوه من قواعده. قال الإمام النووي في المجموع جـ 1 ص 65:" فالأقوال للشافعي، والأوجه لأصحابه المنتسبين إلى مذهبه، يخرجونها على أصوله ويستنبطونها من قواعده، ويجتهدون في بعضها وإن لم يأخذوه من أصله". ثم قال في ص 66:" وأما الطرق فهي اختلاف الأصحاب في حكاية المذهب؛ فيقول بعضهم مثلًا: في المسألة قولان أو وجهان، ويقول الآخر: لا يجوز قولًا واحدًا أو وجهًا واحدًا، أو يقول أحدهما: في المسألة تفصيل، ويقول الآخر: فيها خلاف مطلق، وقد يستعملون الوجهين في موضع الطريقين وعكسه".
(5) المجموع جـ 5 ص 432.

وعلل ابن رجب تقديم الزكاة على حق المرتهن بتعليلين:

الأول: أن تعلق الزكاة قهري وتعلق الرهن اختياري، والقهري أقوى، كالجناية، أو يقال: هو تعلق بسبب المال وتعلق الرهن بسبب خارجي، والتعلق بسبب المال يقدم، كجناية العبد المرهون.

الثاني: أن النصاب سبب دين الزكاة يقدم دينها عند مزاحمة غيره من الديون في النصاب كما يقدم من وجد عين ماله عند رجل أفلس. [1]

ويمكن أن يعلل لهذا أيضًا بأن الزكاة عند انحصار تعلقها بالعين لا يكون لها بدل، وأما الرهن فنظرًا لتعلقه بالعين والذمة إذا فاتت العين، فإنه يكون له بدل، وما لا بدل له أولى مما له بدل، إذ مع البدل يمكن استيفاؤه، وما لا بدل له لا يمكن استيفاؤه عند فواته.[2]

القول الثاني: ذهب إلى أن حق المرتهن يقدم على الزكاة، وهو قول ثان عند الشافعية، كما قال الماوردي رحمه الله تعالى[3]، ومبنى هذا القول أن حق المرتهن سابق على وجوب الزكاة في المال والوجوب السابق أولى من اللاحق عليه[4]، هذا فضلًا عن أن الزكاة، باعتبارها حقًا لله تعالى، مبنية على المسامحة بخلاف أرش الجناية، ثم إن أرش الجناية عند فواته يفوت إلى غير بدل بخلاف

---

(1) القواعد لابن رجب ص 429.

(2) هذا التعليل للقاضي من الحنابلة، لكن اعترض عليه ابن رجب ولم يرتضه، فقال:" الزكاة ينحصر تعلقها بالعين ودين الرهن يتعلق بالذمة والعين، فيقدم عند التزاحم ما اختص تعلقه بالعين، كما يقدم حق الجاني على المرتهن، إذ الحق المنحصر في العين يفوت بفواتها، بخلاف المتعلق بالذمة مع العين، فإنه يستوفي من الذمة عند فوات العين، وهذا مأخذ القاضي، وفيه ضعف فإن الزكاة عندنا لا تسقط بتلف النصاب مطلقا بل تتعلق بالذمة حينئذ فهي إذا كدين الرهن". ثم ذكر التعليل الصحيح عنده المذكور في المتن.

يراجع: القواعد لابن رجب ص 429.

(3) الحاوي الكبير جـ 3 ص 206.

(4) الحاوي الكبير جـ 3 ص 206.

الزكاة، فنظرًا لتعلقها بالذمة فإنها لا تفوت عند فوات المال الواجبة فيه، بل تبقى في الذمة، ومن فارقت أرش الجناية.

قال الإمام النووى" حق المرتهن سابق على وجوب الزكاة، والزكاة حق لله تعالى مبنية على المسامحة، بخلاف أرش الجناية".[1]

ويمكن أن يعلل ذلك أيضًا بأن الزكاة، بناء على هذا القول، حق متعلق بالذمة لا بالعين، وحق المرتهن متعلق بالعين، وما تعلق بالعين أقوى مما تعلق بالذمة، ومن ثم فإن الزكاة تبقى دينًا في ذمة الراهن المدين.

القول الثالث: وهو قول عند الشافعية[2]، ذهب إلى أن الحقين سواء، فلا أفضلية لواحد منهما على الآخر، وعليه فإن العين المرهونة تقسم بينهما كل بنسبة ما له.

36- ب- التزاحم بين الزكاة ودين العباد المتعلق بالذمة حال الحياة:

إذا كان الإنسان مدينًا لآخر بدين حال لا تعلق له بعين مالية معينة، بل متعلق بذمته فقط، ووجبت عليه الزكاة في ماله، فهل تؤدى الزكاة أولًا قبل الدين وما يبقى توفى منه هذا الدين؟ أو يخرج الدين أولًا؟ أو يستاويان في الاستحقاق؟، أو أن الدين يسقط الزكاة؟.

لا شك أنه إذا كان المال يتسع للحقوق جميعًا فلا يثار البحث عن أي الحقوق هو المقدم، ومن ثم فإن محل البحث يكون في حال استغراق الدين للنصاب الذي وجبت به الزكاة في المال، أو إنقاصه، أي لابد من التضحية بأحد الحقين أو بجزء من واحد منهما[3]، وهذا هو الأساس في التزاحم، كما سبق، هذا فضلًا عن أن من عليه الحقوق لا يجد ما يقضي به الدين سوى النصاب.[4]

---

(1) المجموع جـ 5 ص 432.

(2) الحاوي الكبير جـ 3 ص 206.

(3) بداية المجتهد جـ 1 ص 179؛ المغني جـ 2 ص 633.

(4) المغني جـ 2 ص 342.

وقد اختلف الفقهاء في أثر الدين على الزكاة بناء على اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام؟ أم هي حق واجب للفقراء على الأغنياء؟، فمن رأى أنها حق لهم قال: لا زكاة في مال من عليه الدين لأن حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذي المال بيده. ومن قال هي عبادة قال: تجب على من بيده مال لأن ذلك هو شرط التكليف وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين أو لم يكن، وأيضًا فإنه قد تعارض هنالك حقان: حق لله وحق للآدمي وحق الله أحق أن يقضى.[1]

ويمكن رد اختلافهم إلى الأقوال الآتية:

القول الأول: ذهب إلى أن الدين يمنع من الزكاة في المال مطلقًا، وقال بهذا القول الثوري(ت161هـ)، وابن المبارك(181هـ)، وأبو ثور(ت:240هـ)، وجماعة، كما ذكر ذلك ابن رشد رحمه الله تعالى (ت:595)[2]، ونسبه ابن قدامه (ت:620هـ) إلى النخعي(ت:96هـ)، وعطاء (ت:103هـ)، وسلميان (ت:107هـ)، والحسن (ت:110هـ)، وميمون بن مهران(117هـ)، والليث (ت:175هـ)[3]، وهو قول الإمام البخاري كما هو ظاهر من ترجمته للباب[4]، ونسبه الماوردي إلى إسحاق (ت:238هـ) وأحمد (ت:287هـ) فضلًا عمن سبق في قول ابن قدامة[5]، وهو قول الحنفية[6]،

---

(1) بداية المجتهد جـ 1 ص 179؛ معارج الآمال جـ 1 ص 480، 481.

(2) بداية المجتهد جـ 1 ص 179

(3) المغني جـ 2 ص 342.

(4) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غني، ومن تصدق وهو محتاج أو أهله محتاج أو عليه دين، فالدين أحق أن يقضى من الصدقة والعتق والهبة، وهو رد عليه لاليس له أن يتلف أموال الناس جـ 2 ص 518.

(5) الحاوي الكبير جـ 3 ص 309.

(6) بدائع الصنائع جـ 2 ص 6؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للعلامة: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ط: دار الكتب الإسلامي، القاهرة (1313هـ) جـ 1 ص 153.

ورواية عند الحنابلة(1)، وهو مقابل الأظهر عند الشافعية(2)، وهو قول أكثر الإباضية.(3)

واحتج أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بما رواه البخاري من حديث عبدالله بن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن:".... فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم "(4)، فدل على أن الزكاة لا تجب إلا الغني، والمدين المستغرق دينه النصاب أو ما دونه ليس غنيًّا، لأن حد الغني ملك النصاب، والدين لا يجعل ملكًا تامًّا له، إذ للدائن أن يظفر من ماله بما هو من جنس دينه.(5)

قال الماوردي في وجه الاستدلال بهذا الحديث: "ومنه دليلان: أحدهما: أن من استوعب دينه ما بيده فليس بغني فلم تجب عليه زكاة، والثاني: أنه جعل

(1) المغني جـ 2 ص 342.
والظاهر أن البهوتي رجح هذه الرواية واختارها تبعًا لصاحب الإقناع، ذلك أنه فرع عليها كثيراً وأورد من المبالغات في التفريع ما يدل على أنها المختارة لديه، بل إنه لم يورد غيرها في هذا الموطن الذي عقده لبيان أثر الدين على وجوب الزكاة في المال.
يراجع: كشاف القناع جـ 2 ص 175، 176.

(2) مغني المحتاج جـ 1 ص 411؛ الحاوي الكبير جـ 3 ص 309.

(3) معارج الآمال، للسالمي جـ 4 ص 478؛ كشف الغوامض ص 18، 19.

(4) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب أخذ الصدقة من الأغنياء وترد على الفقراء حيث كانوا، حديث رقم 1425 جـ 2 ص 544.
و تمام حديث ابن عباس بلفظ البخاري: قال رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن:" إنك ستأتي قومًا أهل كتاب، فإذا جئتهم فادعهم إلى أن يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله، فإن هم أطاعوا لك بذلك فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لك بذل فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم، فإن هم أطاعوا لك بذلك فإياك وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينه وبين الله حجاب".

(5) بدائع الصنائع جـ 2 ص 6؛ تبيين الحقائق جـ 1 ص 153؛ وفي المعنى نفسه: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 1 ص 456.

الناس صنفين؛ صنفاً يؤخذ منه وصنفاً تدفع إليه، وهذا ممن تدفع إليه، فلم يجز أن تؤخذ منه".[1]

بما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، أنه خطب في شهر رمضان وقال في خطبته:" ألا إن شهر زكاتكم قد حضر، فمن كان له مال وعليه دين فليحسب ماله بما عليه ثم ليزك بقية ماله"[2]، وكان قوله هذا بمحضر من صحابة رسول الله ﷺ ولم ينكر عليه أحد منهم ما قاله، فكان ذلك إجماعًا.[3]

هذا فضلًا عن أن المال مشغول بالدين[4]، فهو كالمعدوم، ولا زكاة في المعدوم، وهذا ليس ببعيد على التفريع الفقهي عند شغل الأصل، فمثلًا إذا وجد الماء وكان الإنسان محتاجًا إليه انتقل إلى التيمم، فجعل الماء الموجود كالمعدوم في حقه لحاجته إليه، فالحاجة شغلته[5]، هذا بالإضافة إلى ما قاله الكاساني من أن المدين:"محتاج إلى هذا المال حاجة أصلية، لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، والمال المحتاج إليه حاجة أصلية لا يكون مالَ الزكاة، لأنه لا يتحقق به الغنى، ولا صدقة إلا عن ظهر غنى على لسان رسول الله ﷺ".[6]

قال ابن قدامة: "أن الزكاة إنما وجبت مواساة للفقراء وشكرًا لنعمة الغنى، والمدين محتاج الى قضاء دينه كحاجة الفقير أو أشد، وليس من الحكمة

---

(1) الحاوي الكبير جـ 3 ص 310.

(2) قال البهوتي في كشاف القناع جـ 2 ص 175:" رواه سعيد وأبو عبيد واحتج به أحمد".

(3) بدائع الصنائع جـ 2 ص 6؛ تبيين الحقائق جـ 1 ص 153؛ الحاوي الكبير جـ 3 ص 310.

(4) بدائع الصنائع جـ 2 ص 6.

(5) تبيين الحقائق جـ 1 ص 153.

(6) بدائع الصنائع جـ 2 ص 6؛ وفي المعنى نفسه: تبيين الحقائق جـ 1 ص 153.

وما قاله على لسان رسول الله ﷺ أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: "خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول".

صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى، حديث رقم 1360 جـ2 ص518.

تعطيل حاجة المالك لحاجة غيره، ولا حصل له من الغنى ما يقتضي الشكر بالإخراج، وقد قال النبي ﷺ: "ابدأ بنفسك ثم بمن تعول".[1]

القول الثاني: ذهب إلى أن الدين لا يمنع من الزكاة مطلقًا، وهذا القول هو أظهر الأقوال عند الشافعية[2]، وقال الماوردي: إنه أصح القولين وبه تقع الفتوى، ونسبه إلى ربيعة بن عبدالرحمن(ت:136هـ)[3]، وهو قول ابن حزم (ت:456هـ)[4]، وقول بعض الإباضية.[5]

وسند هذا القول: إطلاق الأدلة الموجبة للزكاة كقوله تعالى:﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾[6]، وقوله تعالى:﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾[7]، دون تقييد الوجوب فيها بحال المزكي، سواء كان مدينًا أو لم يكن. هذا فضلًا عن سبب وجوب الزكاة ملك النصاب، وهو حاصل[8]، ثم إن ما بيد المدين ماله يجوز له التصرف فيه فوجب أن يستحق الأخذ منه[9]، ويضاف إلى ذلك أن الرهن غير مانع من الزكاة فيكون الدين المتعلق بالذمة أولى بعدم المنع منها، ومما يؤيد هذا أن الزكاة أقوى من هذا الدين؛ ذلك أن "الزكاة لا تخلو من أن تكون واجبة في العين، أو في الذمة فإن وجبت في العين لم يكن ما في الذمة مانعًا منها، وإن وجبت الزكاة في الذمة لم يكن ما ثبت من الدين أولًا في الذمة مانعًا منها".[10]

---

(1) المغني جـ 2 ص 342.
(2) مغني المحتاج جـ 1 ص 411.
(3) الحاوي الكبير جـ 3 ص 310.
(4) المحلى، للعلامة: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ط: دار الآفاق الجديدة، بيروت جـ6 ص101، 102.
(5) معارج الآمال جـ 4 ص 477.
(6) سورة البقرة، من الآية رقم 110.
(7) سورة التوبة، من الآية رقم 103.
(8) مغني المحتاج جـ 1 ص 411؛ الحاوي الكبير جـ 3 ص 310.
(9) الحاوي الكبير جـ 3 ص 310.
(10) الحاوي الكبير جـ 3 ص 310.

وأخيرًا فإن الدين لا يمنع وجوب العشر في الزروع على مالكها، فكذلك لا يمنع الذي في الذمة وجوب الزكاة في أموال المدين[1]، كما أن الزكاة والـــدين كلاهما حق، والمكلف مسئول عن كل منهما بعينه.[2]

القول الثالث: ذهب إلى التفصيل: فقالوا: إن الدين يمنع من الزكاة في مال دون مال، وهؤلاء اختلفوا في هذا المال؛ فذهب الشافعية في قول[3]، والحنابلة في رواية[4] إلى أن الدين يمنع من الزكاة في المال الباطن، وهي الأثمان وعــروض التجارة، ولا يمنعها في المال الظاهر، وهو السائمة والحبوب والثمار.

وأما وجه منعه إياها في المال فهو ما سبق في الاستدلال للقول الأول[5]، ووجه عدم المنع في المال الظاهر هو أن تعلق الزكاة به آكد، لظهورهـــا وتعلـــق قلوب الفقراء بها، ولهذا يشرع إرسال من يأخذ صدقتها من أربابها، وكان النبـــي ﷺ يبعث السعاة فيأخذون الصدقة من أربابها، وكانوا، أي السعاة، يأخذون زكاة ما يجدون ولا يسألون عما على صاحبها من الدين، فدل علـــى أن الـــدين لا يمنـــع زكاتها، ولأن تعلق قلوب الفقراء بها أكثر فتكون الزكاة فيها أوكد.[6]

وذهب المالكية إلى أن الدين مسقط للزكاة على قدرها بما يقابلـــه مـــن العين، إلا أن يكون هناك عروض تباع فيه فتجعل بإزائـــه، ولا يـــسقطها فـــي الحرث والماشية، على ما صرح به القاضي عبدالوهاب (ت:422هـ)[7]، وهو مقتضى ما ذكره ابن رشد[8]، وهو ما ذكره سيدي خليل في المختصر.[9]

---

(1) في هذا المعنى: الحاوي الكبير جـ 3 ص 311؛ الدكتور عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، ط: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (1413هـ/ 1993م) جـ 1 ص349.

(2) معارج الامال جـ 4 ص 477.

(3) مغني المحتاج جـ 1 ص 411.

(4) المغني جـ 2 ص 342.

(5) ويراجع: المغني جـ 2 ص 342.

(6) المغني جـ 2 ص 342.

(7) التلقين، للإمام أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1422هـ/ 2004م) تحقيق: محمد بو خبزة الحسني التطواني ص 60.

(8) بداية المجتهد جـ 1 ص 179.

(9) يراجع المختصر مع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ 1 ص 431، وص 465، وص 480.

ورجح ابن رشد القول الأول، فقال:" والأشبه بغرض الشرع إسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام:"فيها صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم"[1] والمدين ليس بغني. وأما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين الناض وغير الناض فلا أعلم له شبهة بينة".[2]

وهذه الأقوال تؤسس للمسألة محل البحث، فعلى القول الذي يرى أن الدين يمنع من الزكاة، سواء كان المنع مطلقًا في كل مال، أو في مال دون مال، فإن التزاحم لا يرد، ذلك أن المحل مشغول بحق واحد، وهو حق الآدمي المتمثل في الدين الثابت له، وليس مشغولًا بحقوق متعددة حتى يتصور تزاحمها.[3]

ومما يؤيد أن المحل ليس مشغولًا إلا بحق واحد، وهو الدين في قدره من المال، أن الفقهاء القائلين بمنع وجوب الزكاة بالمال ذهبوا إلى أن المدين لو وفَّى الدين من مال مستحدث من إرث أو وصية أو هبة مثلًا، أو أن الدائن أبرأ المدين منه، فإنه، أي المدين يستأنف حولًا جديدًا بالمال الزكوي الذي في يده، من حين البراءة، لأن ما منع وجوب الزكاة منع انعقاد الحول وقطعه.[4]

وعلى هذا الأساس فإن قدر الدين يسقط من المال فيصبح كأن من عليه الدين غير مالك له، لاستحقاق صرفه في جهة الدين، ثم ينظر إلى ما بقي منه، فإن ساوى نصابًا زكاه، وإلا فلا زكاة فيه.[5]

---

(1) سبق تخريجه ص 94.

(2) بداية المجتهد جـ 1 ص 179.

(3) قارن عكس ذلك: للدكتورة شادية محمد أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 182، 183، فقد ذهبت إلى وجود حالة تزاحم هنا وقدمت بناء على ذلك الدين على الزكاة.

والواقع أنه وفق تحديد نطاق التزاحم الذي سبق ذكره في الفصل السابق لا يتحقق التزاحم، بل الموجود شاغلًا للمحل هو حق واحد، كما ذكر في المتن.

(4) كشاف القناع جـ 2 ص176.

(5) كشاف القناع جـ 2 ص175، 176.

وأما على القول بعدم منع الدين وجوب الزكاة في المال، سواء على العموم، أو على تخصيص مال دون آخر، فإن التزاحم متصور، ذلك أن المال مشغول بالحقين معًا، وكل منهما واجب النفاذ، وعلى هذا فيثار البحث عن أي منهما المقدم، أو أنهما في مرتبة واحدة؟.

ويمكن القول بأن تأسيس الفقهاء المحل الذي تتعلق به الزكاة وكيفية التعلق، مما سبق ذكره في تزاحم الزكاة مع الديون المتعلقة بعين، فإن هذا التأسيس يفيد في معرفة أي من الحقوق يقدم هنا، وهناك أربعة أقوال في تعلق الزكاة: الأول: تتعلق بالعين تعلق الشركة. والثاني: تتعلق بالعين تعلق أرش الجناية. والثالث: تعلق بها تعلق المرهون. والرابع: لا تتعلق بالعين بل بالذمة فقط، وتكون العين خلوًا من التعلق.[1]

وإذا كان لهذه الأقوال أثرها في تقديم الزكاة على الدين المتعلق بعين مالية أو عدم تقديمها عليه، فإن هذا الأثر يظهر بصورة كبيرة هنا، ذلك أن الأصل أن الديون المتعلقة بالذمة أضعف من الديون المتعلقة بالعين.

وعلى هذا فإن حق الزكاة يكون مقدمًا على الدين على أساس القول بأن الزكاة متعلقة بالعين، وكذلك على القول بأنها متعلقة بالمال تعلق شركه، ذلك أن الشركة تقتضي المساواة بين الحقوق المتعلقة المال، ولا مساواة هنا لأن الزكاة متعلقة بالمال والدين متعلق بالذمة، ولا مساواة، والحكم نفسه يكون على القول بأنها متعلقة بالمال تعلق رهن.

---

(1) يراجع في ذلك: المجموع جـ 5 ص 429؛ وفي المغنى نفسه: القواعد لابن رجب ص 430.
وقد ذهب ابن حزم إلى أن الزكاة متعلقة بالذمة فقط، ولا تعلق لها بالعين، سواء كان التعلق تعلق رهن أو شركة أو غير ذلك، وأنكر على من قال بتعلق الزكاة بغير الذمة.
يراجع في ذلك: المحلى جـ 5 ص 262، 263.

وأما على القول بأن الزكاة متعلقة بالذمة فإن الدين يكون مساويًا للزكـــاة في الرتبة من حيث تعلق كل منهما بالذمة، فيثور التساؤل عن أي منهما المقدم؟.

فذهب الشافعية إلى تقديم الزكاة على الدين[1]، بناء علـــى أن حـــق الله تعالى مقدم على حق العبد، وهو قول ابن حزم الظاهري، فقد قال:" لـــو مـــات الذي وجبت عليه الزكاة سنة أو سنتين فإنها من رأس ماله، أقربها أو قامت عليه بينة، ورثه ولده أو كلالة، لا حق للغرماء ولا للوصية ولا للورثة حتى تستوفي كلها، سواء في ذلك العين والماشية والزرع".[2]

وذهب كثير من الإباضية[3] إلى تقديم الدين على الزكاة، لما جاء عـــن النبي ﷺ قال: "الذنوب على وجهين ذنب بين العبد وربـــه وذنـــب بـــين العبـــد وصاحبه فالذنب الذي بين العبد وربه إذا تاب منه كان كمن لا ذنب له وأما ذنب بينه وبين صاحبه فلا توبة له حتى يرد المظالم إلى أهلها"[4]، وقـــد روى ابـــن ماجه(ت:275هـــ) من حديث أبي عبيدة بن عبد الله عن أبيه قال: قال رســـول الله ﷺ: "التائب من الذنب كمن لا ذنب له"[5]، هذا فضلًا عن أن حقوق الله تعالى مبنية على التسامح، ومبنى حقوق العبد على المشاححة.

وذهب الحنفية[6] إلى أن الدين يستوفي ولا تجب الزكاة في التركـــة إلا أن يوصي بها، فتخرج من الثلث، لا من رأس المال، وهذا بناء على أن حق الله

---

(1) مغني المحتاج جـــ 1 ص 411.

(2) المحلى جـــ 6 ص 88.

(3) كشف الغوامض ص 18؛ معارج الآمال جـــ 4 ص 478.

(4) الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب، للإمام الربيع بن حبيب بن عمر الأزدي البصري، ط: دار الحكمة ببيروت، ومكتبة الاستقامة بسلطنة عمان (1415هـــ) تحقيق: محمد إدريس وعاشور بن يوسف، حديث رقم 691 ص 268.

(5) سنن ابن ماجه، للإمام أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، ط: دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، كتاب الزهد، باب ذكر التوبة، حديث رقم 4250 جـــ 2 ص 1419.

(6) بدائع الصنائع جـــ 2 ص 53؛ تبيين الحقائق جـــ 1 ص 251 وما بعدها.

تعالى يسقط بالموت، إذ إنه عبادة يلزم لها النية، والموت قطع كل إرادة وقصد للإنسان.

قال الإمام الكاساني معللًا ذلك ومؤصلًا لمسألة الإيصاء، بأن: "الزكاة عبادة عندنا، والعبادة لا تتأدى إلا باختيار من عليه، إما بمباشرته بنفسه أو بأمره أو إنابته غيره، فيقوم النائب مقامه، فيصير مؤديًا بيد النائب، وإذا أوصى فقد أناب، وإذا لم يوص فلم ينب، فلو جعل الوارث نائبًا عنه شرعًا من غير إنابته لكان ذلك إنابة جبرية، والجبر ينافي العبادة، إذ العبادة فعل يأتيه العبد باختياره".[1]

وهذا كله في أثر دين الآدمي على وجوب الزكاة في المال، أما غيره من حقوق الله تعالى كالكفارات والنذر فهل يمنع من وجوب الزكاة أيضًا كدين الآدمي؟

هناك وجهان ذكرهما ابن قدامه في مذهب الحنابلة: [2]

<u>الأول:</u> أنه يمنع كدين الآدميين، والحجة على ذلك: ما رواه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها؟ قال: نعم فدين الله أحق أن يقضي".[3] وهو عام في كل دين لله تعالى، وهو وإن كان واردًا في الصوم إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

<u>الثاني:</u> أن حق الله تعالى لا يمنع وجوب الزكاة، وهذا راجع إلى أن قوة الزكاة عليه، فهي متعلقة بالعين، بخلافه فهو متعلق بالذمة، وما تعلق بالعين آكد مما تعلق بالذمة.

---

(1) بدائع الصنائع جـ 2 ص 53.

(2) المغني جـ 2 ص 344.

(3) صحيح للبخاري، كتاب الصوم، باب من مات وعليه صوم، حديث رقم 1852 جـ 2 ص 690.

وقد يقال إن دين الآدمي المتعلق بالذمة يمنع من الزكاة فلم لم يمنع منها حق الله تعالى المتعلق بالذمة أيضًا؟. ويجاب عن ذلك بما قاله ابن قدامه:" ويفارق دين الآدمي لتأكده وتوجه المطالبة به".[1]

غير أن النذر إن تعلق بمعين فيمنع من الزكاة، فلو قال: لله علي أن أتصدق بهذه المائتي درهم إذا حال عليها الحول، "قال ابن عقيل (ت:510هـ) يخرجها في النذر ولا زكاة عليه، لأن النذر آكد لتعلقه بالعين، والزكاة مختلف فيها".[2]

وأما دين الآدمي فقضاؤه مقدم على الحج بلا خلاف، كما قال الحطاب، ونصه:"إذا كان عليه دين فقضاؤه مقدم على الحج بلا خلاف".[3]

37-ج- التزاحم بين الزكاة ودين العبد الموثق برهن حال الموت:

لا يجوز للمسلم بحال أن يؤخر زكاته عن وقت وجوبها لغير عذر شرعي، بل عليه أن يسارع إلى إخراجها، ذلك أن الموت غير معلوم الوقت، ويأتي بغتة، وقد توعد الشارع من يمتنع عن أداء الزكاة، فقال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[4]، وروى البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "من آتاه الله مالًا فلم يؤد زكاته مثل له يوم القيامة شجاعًا أقرع له زبيبتان يطوقه يوم القيامة ثم يأخذ بلهزميه، يعني شدقيه، ثم يقول: أنا مالك أنا

---

(1) المغني جـ 2 ص 344.
(2) المغني جـ 2 ص 344.
(3) مواهب الجليل جـ 2 ص 505.
(4) سورة التوبة، من الآية رقم 34.
ويكون المال كنزًا إذا لم تؤد زكاته، ويؤيده ما جاء في الحديث من قوله ﷺ: "... أنا مالك أنا كنزك".
ويراجع الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي جـ 8 ص 125.

كنزك، ثم تلا: ﴿ ولا يَحْسِبَنَّ الَّذِينَ يَبْخَلُونَ﴾ الآية"[1]، وروى البخاري أيضًا من حديث أبي ذر قال: انتهيت إلى النبي ﷺ قال: "والذي نفسي بيده، أو والذي لا إله غيره، أو كما حلف، ما من رجل يكون له إبل أو بقر أو غنم لا يؤدي حقهـا إلا أتي بها يوم القيامة أعظم ما تكون وأسمنه، تطؤه بأخفافها وتنطحه بقرونها، كلما جازت أخراها ردت عليه أولاها حتى يقضى بين الناس".[2]

فكل هذه النصوص تدل على الوعيد الشديد لمن امتنع عن الزكاة، ولـم يخرجها إلى مستحقيها.

قال الشيرازي (ت:476هـ): "ومن وجبت عليه الزكاة لـم يجـز لـه تأخيرها؛ لأنه حق يجب صرفه إلى الآدمي، توجهت المطالبة بالدفع إليـه، فلـم يجز له التأخير، كالوديعة إذا طالب بها صاحبها".[3]

لكن إذا مات الإنسان مدينًا لآخر بدين موثق بـرهن، أو عليـه ديـون عمومًا، وعليه زكاة تمكن من أدائها في حياته غير أنه لم يفعل حتى مـات، أي لزمته حقًا لله تعالى، فأي الحقوق هو المقدم في هذه الحالة؟.

مما سبق يمكن القول بأن الدين المتعلق بعين في حال حياة المدين مقدم على سائر الديون الثابتة في ذمته في استيفائه من العين المرهونة، وقـد رأينـا أيضًا أنه مقدم على حق الله تعالى المتمثل في الزكاة الواجبة فـي هـذه العـين المرهونة في كثير من الحالات، سواء اعتبرنا الزكاة حقًا متعلقًا بالذمة، أو متعلقًا بالعين المرهونة، وسواء كان التعلق تعلق شركة أو تعلق رهن، كما سبق.

ومن هنا يثور التساؤل عن مدى اضطراد هذا الحكم فـي حـال وفـاة المدين، هذا ما نبحثه فيما يأتي.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب البيعة على إيتاء الزكاة، حديث رقم 1338 جـ 2 ص 508.

(2) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب زكاة البقر، حديث رقم 1391 جـ 2 ص 530.

(3) المهذب، مع شرحه المجموع جـ 5 ص 331.

بالموت تتعلق بالتركة جملة من الحقوق، منها ما هو للميت، وذلك بتكفينه وتجهيزه حتى مواراته التراب، ومنها ما هو لغيره، والذي لغيره منه ما تعلق بعين من أعيان التركة قبل الوفاة، ومنه ما كان ثابتًا في ذمته وانتقل إلى التركة بالوفاة، سواء كان حقًا لله تعالى كالزكاة، أو للعبد كالديون، ومنه ما هو حق للموصى لهم، ومنه ما هو حق للورثة، فكل هذه الحقوق متعلقة بالتركة عند الوفاة. وعلى هذا فالمتصور أن الحقوق جميعا سواء منها ما هو متعلق بالعين قبل الوفاة أو متعلق بالذمة فإن الجميع بعد الوفاة متعلق بالتركة[1]، ومن هنا فإن بحث المسألة يتناول الأمرين معًا، ولا حاجة لإفراد كل حالة على حدة.

وقد ضبط الإمام السيوطي المسألة بما يحتوي مواضع الاتفاق والخلاف بين الفقهاء غالبًا، ومن ثم نورد ضابطه، ثم نبين حالات تزاحم هذه الحقوق بشيء من التفصيل، قال الإمام السيوطي:" إذا وفت التركة بحقوق الله وحقوق الآدميين قضيت جميعًا، وإن لم تف وتعلق بعضها بالعين وبعضها بالذمة قدم المتعلق بالعين، سواء اجتمع النوعان أو انفرد أحدهما، وإن اجتمعا وتعلق الجميع بالعين أو الذمة فهل يقدم حق الله تعالى أو الآدمي أو يستويان؟ فيه أقوال، أظهرها الأول، ولا تجري هذه الأقوال في المحجور عليه بفلس إذا اجتمع النوعان بل تقدم حقوق الآدمي وتؤخر حقوق الله تعالى ما دام حيًّا".[2]

وبناء عليه إذا اتسعت التركة لكل هذه الحقوق فلا يبحث عن مرجح لواحد منها حتى يقدم على غيره، والبحث إنما يكون في حال التزاحم الذي لا يمكن معه الجمع بين الحقوق والوفاء بها جميعًا، وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على أقوال:

---

(1) بدائع الصنائع جـ 7 ص 226.

(2) الأشباه والنظائر ص 335.

القول الأول: ذهب إلى أن الحقوق المتعلقة بعين من أعيان التركة قبل الوفاة تقدم على كل الحقوق الأخرى، بدءًا من التكفين والتجهيز إلى حقوق الورثة، لأن ما تعلق بالعين أقوى مما تعلق بالذمة.

وقال بهذا القول الحنفية[1]، وجمهور المالكية[2]، والشافعية[3]، وهو قول بعض فقهاء الإباضية [4]، وهو قول ابن حزم غير أنه جعل كل دين مقدم على كل حق حتى حق الميت في التكفين، قال ابن حزم: "ومن مات وعليه دين يستغرق كل ما ترك، فكل ما ترك للغرماء".[5]

والأساس عند من قال بهذا القول، غير ابن حزم[6]، هو النظر إلى طبيعة الحقوق المتعلقة بالعين فإنها أقوى من غيرها، ومقدمة على حال الحياة

---

(1) البحر الرائق جـ8 ص557؛ حاشية ابن عابدين جـ6 ص759؛ تبيين الحقائق جـ6 ص229.

(2) الذخيرة، للقرافي جـ 7 ص 102؛ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ 4 ص 457، 458؛ وكل شروح مختصر سيدي خليل عند قوله:" يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين".

(3) مغني المحتاج جـ 3 ص 4؛ حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، للعلامة: أبي بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، ط: دار الفكر، بيروت جـ2 ص 114.

(4) كشف الغوامض في فن الفرائض، للشيخ أبي الحسن سفيان بن محمد الراشدي، ط: معهد القضاء الشرعي والوعظ والإرشاد، سلطنة عمان (1412هـ/ 1991م) تحقيق: سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي ص 18؛ معارج الآمال جـ 4 ص 111؛ وهو قول الشيخ محمد بن يوسف أطفيش، فقد قال في شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ط: مكتبة الإرشاد، جدة جـ 12 ص 404:" وعندي أن الكفن بعد الدين فيدفن عريانًا ليقضي ما في ذمته أو بعضه، لأن حق المخلوق شديد، والأرض تستره كالكفن فلا يقاس على حال حياة المفلس، لأن المفلس تظهر عورته بالعراء والميت يستره الدفن".

وهذا وإن كان صحيحًا من ناحية التقعيد الفقهي والتأصيل للمسألة، غير أنه في الواقع الاجتماعي يكون هناك تقصير كبير من المسلمين في هذا الأمر، فكيف يسوغ دفن ميت عريانًا وهو بين أظهر المسلمين، ونظن، وفق واقعنا الاجتماعي، أن لو اطلع عليه لم يدفن على هذا النحو.

(5) المحلى جـ 5 ص 121.

(6) ولما الأساس عند ابن حزم فهو النظر إلى أن كل حق مؤخر عن كل دين على الميت، فالديون كلها في مرتبة واحدة من حيث مقارنتها ببقية الحقوق المتعلقة بالتركة، حيث إن" الله تعالى لم يجعل ميراثًا ولا وصية إلا فيما يخلفه المرء بعد دينه، فصح أن الدين مقدم".
المحلى جـ 5 ص 121.

فكذلك تقدم عليه عند الموت، وعليه يكون هذا تفريعًا على الضابط سابق الذكر، من أن الحقوق المتعلقة العين أقوى مما تعلق بالذمة.

جاء في مغنى المحتاج: "(فإن تعلق بعين التركة حق كالزكاة) أي كالمال الذي وجبت فيه، لأنه كالمرهون بها (والجاني) لتعلق أرش الجناية برقبته (والمرهون) لتعلق حق المرتهن به (والمبيع) بثمن في الذمة (إذا مات المشتري مفلسًا) بثمنه ولم يتعلق بالمبيع حق لازم ككتابة، سواء أحجر على المشتري قبل موته أم لا، لتعلق حق فسخ البائع به (قدم) ذلك الحق (على مؤنة تجهيزه) وتجهيز مؤنه (والله أعلم) تقديمًا لحق صاحب التعلق على حقه، كما في حال الحياة".[1]

وواضح مما ذكره الخطيب الشربيني، رحمه الله تعالى، في هذا النص أن المذهب الشافعي يتجه إلى تقديم كل حق تعلق بعين حال الحياة على كل حق آخر وقت الموت، ومن ذلك الزكاة المتعلقة بعين، فإنها تقدم مع الحقوق المتعلقة بالعين، وعليه فإنها تزاحم هذه الحقوق ويكون المال بينها، عند ضيقه عن وفاء كل الحقوق المتعلقة به، كل بنسبته، أي يقسم المال بينها قسمة غرماء.

وما ذهب إليه الشافعية هو قول المالكية[2] والإباضية[3] القائلين بتقديم الحق المتعلق بالعين على غيره.

وقد خالف الحنفية في ذلك وذهبوا إلى أن الزكاة ليست في مرتبة واحدة مع الحقوق المتعلقة بالعين، ذلك أن الموت يسقط حقوق الله تعالى.[4]

القول الثاني: ذهب إلى أن التجهيز والتكفين مقدم على بقية الحقوق حتى ما تعلق منها بعين من أعيان التركة قبل الوفاة.

---

(1) مغني المحتاج جـ 3 ص 4.

(2) الشرح الكبير جـ 4 ص 458.

(3) كشف الغوامض ص 18.

(4) بدائع الصنائع جـ 2 ص 53.

وقال بذلك ابن يونس من المالكية[1]، والحنابلة[2]، وهو قول أكثر فقهاء الإباضية.[3]

واحتج أصحاب هذا القول بأن رسول الله ﷺ قال: "كفنوه في ثوبيه ولا تقربوه طيبًا فإنه يبعث يوم القيامة ملبيًا"، فأضاف الثوبين إليه وأمر بتكفينه فيهما بدون أن يسأل هل عليه دين[4]، فدل على أن التجهيز أول ما يبدأ به، إذا لو كانت الديون مقدمة عليه لسأل عنها رسول الله ﷺ، وهو وقت حاجة، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، كما أن:" حمزة ومصعب بن عمير رضي الله عنهما لم يوجد لكل واحد منهما إلا ثوب فكفن فيه"[5]، وبالقياس على حال الإنسان في الحياة، فكما لا يباع على المفلس في الدين الذي عليه حاجاته الضرورية فكذلك لا يقدم على حوائجه الضرورية التي لابد منها أي دين.[6]

وعلى القول الثاني فبعد التجهيز والتكفين تقدم الحقوق المتعلقة بالعين على الحقوق المتعلقة بالذمة أو المطلقة، نظرًا لقوة ما تعلق بالعين على ما تعلق بالذمة.

وعلى القول الأول فإن بقي شيء بعد الديون المتعلقة بالعين، أو بعد الديون عمومًا، كما هو عند ابن حزم، فإن التجهيز والتكفين مقدم على غيره من الحقوق المتعلقة بالتركة.[7]

---

(1) الذخيرة، للقرافي جـ 7 ص 102.

(2) المغني جـ 2 ص 199.

(3) منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، للشيخ: خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي، ط: وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان (1984م) جـ 20 ص 10؛ الإيضاح، للشيخ عامر بن علي الشماخي، ط: وزارة التراث القومي، سلطنة عمان (1404هـ/ 1984م) جـ 8 ص 155؛ كتاب النيل مطبوع مع شرحه جـ 12 ص 403، 404؛ معارج الآمال جـ 4 ص 110، 111.

(4) شرح النيل جـ 12 ص 404.

(5) المغني جـ 2 ص 199.

(6) الذخيرة جـ 7 ص 102؛ المغني جـ 2 ص 199؛ معارج الآمال جـ 4 ص 110.

(7) فعند غير ابن حزم ممن قال بتقديم الديون المتعلقة بالعين، فإن التجهيز يقدم على الديون المرسلة والوصايا وحقوق الورثة. وعند ابن حزم يقدم التجهيز على الوصايا وحقوق الورثة، إذ إن الديون عنده، كلها مقدمة على التجهيز، قال ابن حزم في المحلى جـ 5 ص 121:" فإن فضل عن الدين شيء فالكفن مقدم فيه قبل الوصية والميراث".

ثم يبقى بعد ذلك الحقوق المتعلقة بالذمة قبل الوفاة، والتي انتقلت بها إلى أعيان التركة، سواء منها ما كان حقًّا لله تعالى أو كان حقًّا للعباد، وسواء أوصى الميت بالحقوق التي لله تعالى أو لم يوص بها، فيثور البحث عن أيها المقدم.

قال الحطاب: "اعلم أن الذي يخرج من التركة قبل وقوع المواريث فيها ينقسم على قسمين: أحدهما: ما يجب إخراجه من رأس المال، والثاني: ما يجب إخراجه من الثلث. وما يجب إخراجه من رأس المال مقدم على ما يجب إخراجه من الثلث. وما يجب إخراجه من رأس المال على وجهين: أحدهما: حقوق معينة، والثاني: حقوق ليست بمعينة".[1]

وإذا كان هذا التقسيم متفق عليه بين الفقهاء من حيث المبدأ، وأن الحقوق المخرجة من رأس المال مقدمة على ما يخرج من الثلث، وما كان معيناً مقدم على ما كان في الذمة، كما سبق، كما اتفقوا على أن ديون العباد المرسلة في الذمة تخرج من رأس المال[2]، وأما حقوق الله تعالى المتعلقة بالذمة فهي موضع الخلاف، والخلاف فيها دائر في نطاقين: الأول: إذا قيل تخرج من رأس المال قبل الوصية فما مرتبتها بالنظر إلى ديون العباد؟. الثاني: إذا قيل تخرج من الثلث، فما رتبتها أيضًا بالنسبة للوصايا التي للعباد؟.

ويمكن رد الخلاف بين الفقهاء في ذلك كله إلى الأقوال الآتية:

---

(1) مواهب الجليل جـ 6 ص 406.

(2) وقيدها المالكية بأن تكون ثابتة في حال الصحة، سواء بالبينة أو الإقرار، أما إذا كان ثبوتها في مرضه بإقراره فيشترط أن يكون ذلك لمن لا يتهم عليه، فإن كان لمن يتهم عليه فإنها لا تخرج من رأس المال، بل من ثلث ما يبقى بعد الديون المرسلة.

يراجع في ذلك: مواهب الجليل جـ 6 ص 407، 408؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 4 ص 458.

القول الأول: ذهب إلى أن الزكاة التي لا تعلق لها بعين، بل ثبتت في ذمة المزكي قبل وفاته، ولم يفرط فيها، فإنها تبقى في ذمته، وكل ذلك يخرج من رأس المال، سواء أوصى بها أو لا، ويتساوي مع الديون المرسلة.

ذهب إلى ذلك الشافعية في قول[1] وهو قول المالكية فيما يفيده نص الرسالة ومختصر خليل، فقد قال:" ثم تقضى ديونه:" ولا ريب أن حق الله تعالى من جملة ديونه الثابتة في ذمته، وعليه تكون هي وديون الآدميين سواء، تخرج من رأس المال قبل الوصايا وحقوق الورثة[2]، ويقيد ذلك بعدم التفريط والتقصير في الإخراج، إلا إذا أوصى بها فيما كان عيناً، وأما في الماشية والحرث فتخرج من رأس المال ولو لم يوص بها.[3]

وإن كان بعض شراح الرسالة ذهب في تفسيره لقول ابن أبي زيد (ت:386هـ):" ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث" ما يفيد تقديم ديون العباد على حقوق الله تعالى، فقال: ثم الدين الذي بعوض والذي يثبت بالبينة أو بإقرار الميت في صحته أو بإقراره في مرضه لمن لا يتهم عليه، ثم الدين الذي بغير عوض مثل الزكاة التي فرط فيها وأقر بها في صحته والكفارات ثم بعد هذا الوصية.

وتعقبه الحطاب بأن اللفظ لا يفيد هذا التفسير، وكذلك ما سبق من كلام صاحب المختصر، قال:" ولكنه ليس في كلام المؤلف ولا في كلام صاحب الرسالة ما يدل على أن حقوق الآدميين مقدمة على حقوق الله تعالى".[4]

وقال بهذا القول الحنابلة[5]، والإباضية في قول.[6]

---

(1) مغني المحتاج جـ 1 ص 411.
(2) مواهب الجليل جـ 6 ص 409.
(3) مواهب الجليل جـ 6 ص 379؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 4 ص 441.
(4) يراجع في ذلك: مواهب الجليل جـ 6 ص 409.
(5) كشاف القناع جـ 4 ص 351؛ المغني جـ 6 ص 138.
(6) معارج الآمال جـ 4 ص 378.

وقد صرح الشيخ الدردير (ت:1201هـ) بترتيب الحقوق في هذه الحالة وأي منها يقدم على الآخر، فقال شارحًا قول سيدي خليل:" ثم تقضى ديونه: قال:" (ثم تقضى) من رأس ماله (ديونه) التي لآدمي كانت بضامن أم لا، ثم هدي تمتع إن مات بعد أن رمى العقبة أوصى به أم لا، ثم زكاة فطر فرط فيها وكفارات أشهد في صحته أنها بذمته، فإن أوصى بها ولم يشهد فمن الثلث، ومثل كفارات أشهد بها زكاة عين حلت وأوصى بها، وزكاة ماشية حلت ولا ساعي ولم يوجد السن الذي يجب فيها"[1]، وهذا يقتضي مراعاة الترتيب الذي ذكره، بحيث يبدأ بالديون التي للعباد حتى تستوفى أولًا، ثم يأتي إلى ما بعدها، إن بقي بعد الديون شيء. والله أعلم.

القول الثاني: ذهب إلى أن ما وجب من الزكاة في الذمة يخرج من رأس المال، ويتساوى مع الديون المطلقة، وما وجب في الذمة نتيجة التقصير يخرج من الثلث إذا أوصى بها، أي الزكاة.

وهو قول المالكية في حال التقصير والتفريط في الزكاة.[2]

القول الثالث: أن الزكاة المتعلقة بالذمة عمومًا تخرج من الثلث أوصى بها أو لم يوص بها، وتزاحم الوصايا إن ضاق الثلث عنها جميعًا، وهو قول بعض الإباضية، وقيل: تقدم على الوصايا، لأنَّها عبادة في المال، وسائر الوصايا ليست بِمنزلتها.[3]

القول الرابع: أن الزكاة مقدمة على غيرها من الديون المتعلقة بالذمة، فتخرج أولًا من رأس المال قبل ديون الدائنين.

---

(1) الشرح الكبير جـ 4 ص 458.

(2)مواهب الجليل جـ 6 ص 379؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 4 ص 441.

(3) معارج الآمال جـ 4 ص 388.

وهذا قول عند الشافعية[1]، والظاهرية[2]، وهو مبني على أن حـق الله هو المقدم لدلالة السنة عليه فضلًا عن المعقول: فأما السنة فما رواه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء رجل إلى النبي فقال: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها؟ قال: نعم فدين الله أحـق أن يقضي".[3] وأما المعقول فإن الزكاة مصرفها إلى الآدميين، فقـدمت لاجتمـاع الأمرين فيها. [4]

<u>القول الأخير:</u> أن دين الآدمي يقدم على الزكاة، لأن مبنى حقوق العبـاد على المضايقة، لافتقارهم واحتياجهم. وهو قول عند الشافعية.[5]

وعلى قاعدة الحنفية السابق ذكرها فإن الزكاة، وكذا حقوق الله تعـالى، تسقط بالموت إلا أن يوصي بها فتخرج من الثلث، لا من رأس المال، وتتـزاحم كلها في الثلث إن لم يف بها.[6]

وقد بين الإمام الكاساني: الحقوق المقدمة من الوصايا عند التزاحم فـي الثلث، وذكر أنه لا يخلو أن تكون الوصايا كلها لله تعالى، أو بعضها لله وبعضها للعباد، فإن كانت كلها لله تعالى فلا تخلو من أن تكون مـن جـنس الفـرائض والواجبات والتطوعات، فإن كانت كلها فرائض متساوية فإنه يبـدأ بمـا قدمـه الموصي، لأنه عند التساوي لا يمكن الترجيح بالذات، فيرجح بالبداية، لأنها دليل اهتمام الموصي. واختلفت الرواية عن محمد بن الحسن (ت:189هـ) وأبـي يوسف في الحج والزكاة، فقال أبو يوسف: يبدأ بالحج وإن أخره الموصي، تقديمًا

---

(1) مغني المحتاج جـ 1 ص 411.

(2) المحلى جـ 8 ص 175.

(3) صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب من مات وعليه صوم، حديث رقم 1852 جـ 2 ص 690.

(4) مغني المحتاج جـ 1 ص 411.

(5) مغني المحتاج جـ 1 ص 411.

(6) بدائع الصنائع جـ 2 ص 53؛ وجـ 7 ص 371.

للعبادة البدنية على المالية، لتعلقها بالنفس، وهي أنفس من المال. وقال محمد: يبدأ بالزكاة، تقديمًا لحق العباد على حق الله تعالى، إذ الزكاة لحق العباد والحج لحق الله تعالى، فقدمت عليه لذلك.

وإن كان منها فرض وواجب قدم الفرض، وقدما على التطوع، وما أوجبه الله تعالى مقدم على ما أوجبه العبد على نفسه؛ فصدقة الفطر مقدمة على النذر.

هذا كله فيما كان من حق الله تعالى، سواء كان معه حق العبد أولا، وأما إن كانت الوصايا كلها من حقوق العباد فيستحق الجميع الثلث كل بحصته الموصى بها، ولا يقدم أحدهم على الآخر، وتبرير ذلك: أن سبب الاستحقاق واحد لكل موصى له، والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم.[1]

38- ثانيا: التزاحم بين حقوق الآدميين:

قد يقع التزاحم بين حقوق الآدميين، وهذا متصور في الديون التي للعباد بعضهم على بعض، وفي هذه الحالة لا يخلو الأمر من أن تكون هذه الديون متعلقة بعين من الأعيان المالية، أو بعضها متعلقًا بعين والآخر بالذمة، أو تكون كلها متعلقة بالذمة.

الديون المتعلقة بعين:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الحقوق لو تعلقت كلها بعين من الأعيان ولم تتسع هذه العين للوفاء بكل الديون فإن الدائنين يستحقون ثمنها ويقتسمونه قسمة غرماء كل بحصة دينه، إذ لا أفضلية لدين منها على آخر، وما بقي من ديون لهم فإنها تتعلق بذمة المدين.

---

(1) يراجع في تفصيل ذلك: بدائع الصنائع جـ 7 ص 371 وما بعدها إلى ص 378.

الديون المتعلقة بالذمة:

وكذلك الحال في الديون المتعلقة بالذمة، فنظرًا لعدم وجود مرجح يرجح دينًا على آخر فإن الدائنين يكونون سواء في اقتضاء دينهم مما لدى المدين من أموال، هي بطبيعة الحال لا تفي بكل الديون، كما هو الأصل في التزاحم.

هذا إذا كانت الديون ثابتة في الذمة ولا مرجح يرجح بعضها على البعض الآخر فإنها تتساوى في الاستحقاق، لكن لو وجد مرجح فإنه يصار إليه ويقدم الدين الذي يستند إليه على غيره، ومن المرجحات التي ذكرها كثير من الفقهاء أن الدين الذي ثبت في الصحة فإنه يقدم على الدين الذي ثبت في المرض، ونبين هذا المرجح وأقوال الفقهاء فيه فيما يأتي بعد بيان المقصود بدين الصحة ودين المرض:

أولا: المقصود بدين الصحة ودن المرض:

دين الصحة: هو الدين الذي ثبت في الذمة في غير حال مرض الموت، بصرف النظر عن وسيلة ثبوته، سواء ثابتًا بالبينة أو بالإقرار، أو بغيرها من الوسائل المعتمدة قضاء في إثبات الديون.

ودين المرض: هو الدين الذي ثبت في الذمة حال مرض الموت ببينة أو بإقرار المريض مرض الموت.[1]

(1) مرض الموت هو ذلك المرض الذي يغلب على الظن بنزوله موت الإنسان ويموت منه بالفعل، أي يتصل المرض بالموت، وهذا بناء على التجارب الحياتية وحكم المختصين من الأطباء وأهل الخبرة، ويلحق به الفقهاء كل حالة تنزل بالإنسان ويغلب فيها الهلاك ويتصل بها الموت، كالمحكوم عليه بالقصاص أو القتل عمومًا، والمشرف على الغرق. وقد اشترط بعض الفقهاء أن لا يطول المرض سنة فأكثر، فإن طال فلا يسمى مرض موت وإن اتصل به الموت.

يراجع في ذلك: حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 384 وما بعدها، وجـ 5 ص 610؛ الدكتورة شادية أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 394 وما بعدها.

ثانيًا: المقدم من هذه الديون عند تزاحمها:

لا خلاف بين الفقهاء لو كانت الديون المتزاحمة كلها ثابتة في غير حال مرض الموت، أي ديون صحة، فإنها تتساوى جميعًا في الاستحقاق، لا فرق بين دين وآخر، فإذا وفى بها المال وإلا اقتسمه الغرماء كل بحسب دينه. وكذلك الحال فيما لو ثبتت الديون وكانت كلها ديون مرض، فإن الغرماء يتساوون في الاستحقاق ولا يقدم أحدهم على غيره.

أما إذا كانت الديون بعضها ديون صحة والبعض الآخر ديون مرض ومات المدين، فقد اختلف الفقهاء في حكمها من ناحية التقديم والاستواء على قولين:

<u>القول الأول:</u> ذهب إلى تقديم ديون الصحة وكذا ديون المرض الثابتة بالبينة على ديون المرض الثابتة بإقرار المريض مرض الموت في حال مرضه، أو بالأحرى الديون الثابتة في مرض الموت بسبب ظاهر، كما عبر الحصكفي (ت:1088هـ).

وقال بهذا القول: الحنفية[1] والحنابلة، وهو قياس المذهب، كما قال ابن قدامه، لنص أحمد في المفلس: أنه إذا أقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذي بالبينة.[2]

واحتج أصحاب هذا القول بأن الإقرار بالدين لما تم في مرض الموت يكون حصل بعد تعلق الحق بتركته، لأنه ممنوع من التبرع في مرض موته، ولما كان كذلك علمنا أن حقوق الغير من الورثة وغيرهم تعلقت بماله، فوجب أن لا يشارك المقر له مَنْ ثبت دينه ببينة أو من ثبت دينه قبل المرض عمومًا،

---

(1) بدائع الصنائع جـ 2 ص 53؛ تبيين الحقائق جـ5 ص24؛ حاشية ابن عابدين جـ6 ص760.
(2) المغني جـ 5 ص 124؛ وأيضًا: كشاف القناع جـ6 ص455.

قياسًا على غريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه[1]، وقد جعل الزيلعي(ت:734هـ) القياس من وجه آخر، فقد قاس حاله على حال الراهن، ووجهه أن الراهن لما تعلق حق المرتهن بالعين منع، أي الراهن من التصرف فيها بكل ما يضر المرتهن، والمقر في حال مرضه بحق يشبهه من حيث إن حقوق الغير تعلقت بالتركة بنزول المرض، فلما كان كذلك يمنع المريض من كل تصرف يضر بحقوق الغير المتعلقة بماله، والإقرار فيه إضرار بالدائنين والورثة، من حيث إنه يؤدي إلى نقصان حقهم.[2]

القول الثاني: ذهب إلى أن ديون الصحة والمرض سواء، وعليه فإن الغرماء، إذا ضاقت التركة، يقتسمون المال قسمة غرماء.

وقال بهذا القول: المالكية[3]، والشافعية[4]، وهو ظاهر قول الخرقي (ت:334هـ) من الحنابلة، ونسبه ابن قدامه إلى أبي ثور وقال: وذكر أبو عبيد (ت: 224هـ) [5] أنه قول أكثر أهل المدنية.[6]

---

(1) في هذا المعنى: المغني جـ 5 ص 124؛ كشاف القناع جـ 6 ص 455؛

(2) تبيين الحقائق جـ 5 ص 24.

(3) حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ؛ مواهب الجليل جـ 6 ص 407.

لكن قيد المالكية مساواة الديون بأن تكون جميعها ثابتة في حال الصحة أو في حال المرض بالبينة، وإذا كان ثبوتها في مرضه بإقراره فيشترط أن يكون ذلك لمن لا يتهم عليه. فإن كان لمن يتهم عليه فإنها لا تخرج من رأس المال، بل من ثلث ما يبقى بعد الديون المرسلة. وقد سبق ذكر ذلك ص 108 هامش (1).

(4) مغني المحتاج جـ 2 ص 240.

(5) هذا على أنه أبو عبيد القاسم بن سلام، وهذا قول البخاري في تاريخ وفاته، وهناك أقوال أخرى، فقيل 223هـ، وقيل 222هـ، وقيل غير ذلك.

يراجع: وفيات الأعيان في أنباء أبناء الزمان، للعلامة: أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، ط: دار الثقافة، بيروت، تحقيق: إحسان عباس جـ 4 ص 62.

(6) المغني جـ 5 ص 124.

وحجة أصحاب هذا القول: أن الدينين استويا في وجوب قضائهما من رأس المال دون مزية لأحدهما على الآخر؛ من كون أحدهما متعلقًا برهن والآخر متعلقًا بالذمة، وكل ما وجب قضاؤه من رأس المال يكون متساويًا، ومن ثم يكون استحقاقهما واحدًا بلا تقديم لأحدهما على الآخر.(1)

وعلى هذين القولين فإنه عند قضاء الحقوق من التركة فإنه يبدأ بدين الصحة وفي مرتبته دين المرض الذي له سبب ظاهر، فإن وفى المال به وإلا تحاص الغرماء جميعًا فيه، وإن بقي شيء بعد دين الصحة يوفى منه دين المرض الثابت بالإقرار، فإذا تعدد المقر لهم واتسع لهم الباقي وفي لهم كل مالهم، وإلا تحاصوا واقتسموه قسمة غرماء كل بنسبة دينه، على هذا القول الأول. وعلى القول الآخر: فإن الدائنين جميعًا يتقسمون المال قسمة غرماء كل بنسبة دينه وبحصته دون مزية لدائن على آخر، هذا إذا ضاقت التركة بديونهم، وإذا اتسعت فلا إشكال.

اجتماع الديون المتعلقة بالعين وأخرى متعلقة بالذمة:

أما لو كان بعض الديون التي على المدين متعلقًا بالذمة وبعضها متعلقًا بالعين، فقد اتفق الفقهاء أيضًا على تقديم ما تعلق بالعين على ما تعلق بالذمة، لقوة الدين المتعلق بالعين على الدين المتعلق بالذمة.

وفي الأحوال الثلاثة السابقة نلحظ وجود تزاحم حقيقي بين الحقوق، وهو إن كان ظاهرًا في الحقوق المتعلقة بالذمة مع الحقوق المتعلقة بالعين، إلا أنه موجود أيضًا في الحقوق المتعلقة بالذمة في تزاحمها، وكذا الحقوق المتعلقة بالعين، ذلك أن الحقوق وإن أمكن الجمع بينها ولم يهمل حق منها بتمامه، إلا أن

---

(1) المغني جـ 5 ص 124.

استيفاء الحق لم يكن كاملًا، بل سقط جزء منه بسبب التزاحم، وهذا كاف في إيجاد التزاحم ولو بوجه ما، كما سبق بيان ذلك في أقسام التزاحم وفي نطاقه.

تزاحم حق المدين مع حق غرمائه عند الحكم بتفليسه:

لكن قد يثور التزاحم في حالة الدين هذه من ناحية أخرى، وهـي حـق المدين نفسه في ماله مع حق غرمائه في ذلك المال، وهذا التزاحم لا يثـور إلا في حال الحكم على المدين بالتفليس أو الحجر، فهنا يأتي البحث عن مدى وجود حق للمدين في ذلك المال المحجور عليه لصالح الغرماء، ثم إن كان له حق فهل يقدم على حقوق الغرماء؟ وما نطاق هذا التقديم؟.

فقرر الفقهاء أن للمدين حقًّا في ماله يقدم فيه على حقوق دائنيـه عنـد الحكم عليه بالتفليس أو الحجر، غير أنهم اختلفوا في نطاق هذا الحـق، ويمكـن إجماله في جملة الأموال التي لا تباع عليه فيما عليه من ديون، وتحديدها محـل خلاف بين الفقهاء، ويمكن ضبطها بكل ما يحتاج إليه المـدين حاجـة أصـلية، كقوته إلا إذا كان ذا كسب يفي بذلك، وملبسه ومسكنه الذي يواريه عن الناس[1]، كما يترك له آلة حرفته التي يتكسب منها، والضابط في كـل ذلـك المعـروف والمعتاد في كل هذه الأمور.[2]

---

(1) وإن كان الشافعية قد ذهبوا في الأصح إلى أن مسكنه يباع عليه، جاء في مغني المحتاج جـ2 ص154: "(ويباع مسكنه وخادمه) ومركوبه (في الأصح) المنصوص (وإن احتاج إلى خادم) ومركوب (لزمانته ومنصبه) لأن تحصيلهما بالكراء يسهل فإن تعذر فعلى المسلمين ". ويراجع أيضًا: الحاوي الكبير جـ6 ص 328، وهذا قول عند المالكية ذكره الإمام القرافي في الذخيرة جـ8 ص 165.

(2) وترك هذه الأشياء للمدين يكون باعتباره حقًّا من حقوقه يقدم بها على الغرماء، وقد ذكر الإمام النووي أن الترك يكون برضا الغرماء، ورتب عليه فروعًا في باب الحج، فقال في المجموع جـ7 ص 48:" قال المحاملي والأصحاب: وأما ما ذكره الشافعي في باب التفليس فمراده أنه يترك له ذلك برضى الغرماء، فأما بغير رضاهم فلا يترك". وعلى قوله لا يكون هناك حق للمدين إلا بإذن الغرماء، ومن ثم فالتقديم عليهم إنما هو بمثابة تنازل منهم عن جزء من حقوقهم، ولا يكون داخلًا على هذا في التزاحم، إذ لم يثبت الحق للمدين إلا برضا الغرماء، وقبل رضاهم لا حق له.

فهذه الأمور، من حيث الجملة، يقدم فيها حق المدين على حق غرمائه.[1]

وعلى هذا كله فإذا بدأ القاضي بقسم المال رتب المستحقين له، فيقدم حق المدين نفسه وفق ما سبق، ثم يقدم من تعلق دينه بعين، ثم إن بقي شيء كان في دين بقية الغرماء، يقتسمونه قسمة غرماء.[2]

وتقديم بعض الحقوق هنا على البعض الآخر راجع إلى الضابط السابق، فما عدا حق المدين نفسه في أنه من حوائجه الأصلية التي تشتد الحاجة إليه، فإن الحق المتعلق بالعين أقوى من الحق المتعلق بالذمة، فاحتياط المدين من عدمه هو الذي رتب له مركزه في مال المدين، فلما احتاط بعضهم واستوثق لدينه برهن كان حقه أقوى من حق من وثق في ذمة المدين، إذ لما وثق فيها كان له ما كان فيها، والعين المرهونة وإن كانت من أموال المدين إلا أن رهنها قصرها على دين المرتهن فقط، ومن ثم فهي خارجة عن الضمان العام لبقية الدائنين، فلم يبق في الذمة إلا ما عدا العين المرهونة أيًّا كان قدره، فيكون لمن تعلق حقه بالذمة، وعليه يكون الدين المتعلق بالذمة أضعف من الدين المتعلق بالعين.

وهذا ظاهر في حق المرتهن، وكذلك في حق البائع الذي لم يقتض ثمن مبيعه ووجده بعينه واختار فسخ العقد وأخذ مبيعه[3]، فإن حقه مقدم على بقية

---

(1) يراجع في ذلك: تبيين الحقائق جـ 5 ص 200؛ الذخيرة جـ 8 ص 164 وما بعدها؛ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ 3 ص 270؛ الحاوي الكبير جـ 6 ص 328 وما بعدها؛ مغني المحتاج جـ 2 ص 154؛المغني جـ 4 ص 285 وما بعدها؛ كشاف القناع جـ 3 ص 433 وما بعدها؛ المبدع جـ 4 ص 323؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للعلامة: أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد حامد الفقي جـ 5 ص 303.

(2) الدكتورة شادية أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 281 وما بعدها.

(3) أما إذا اختار إمضاء العقد فإنه يكون كبقية الغرماء، لأن ثمن مبيعه تعلق بالذمة في هذه الحالة، فلا مزية له على غيره.

الدائنين الذين تعلق حقهم بالذمة، فحقه بمثابة حق المرتهن في قوته بتعلقه بعين مالية.

وهذا كله عند جمهور العلماء: من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، والظاهرية.[4]

واحتجوا بما رواه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره".[5]

وهو ظاهر الدلالة في أحقية البائع في الرجوع بماله إذا وجده بعينه، وهو به مقدم على غيره، ولهذا قال ابن حجر:" فهو أحق به من غيره أي كائنًا من كان، وارثًا وغريمًا".[6]

غير أن بعض الروايات قيدت هذا الحق، فضلًا عن كون المبيع موجودًا بعينه لم يتغير، بأن لا يكون البائع قد اقتضى ثمنه، فإن اقتضى ثمنه أو بعضه فهو أسوة الغرماء، وهذا ثابت في رواية الإمام مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث أن رسول الله ﷺ قال: "أيما رجل باع متاعًا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئًا فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء"[7]، ومن ثم يحمل المطلق هناك على المقيد هنا.

---

(1) الشرح الكبير جـ 3 ص 282.
(2) مغني المحتاج جـ 2 ص 158.
(3) كشاف القناع جـ 3 ص 425.
(4) المحلى جـ 8 ص 175.
(5) صحيح البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، حديث رقم 2272 جـ 2 ص 846.
(6) فتح الباري جـ 5 ص 63.
(7) الموطأ، للإمام مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي، باب ما جاء في إفلاس الغريم، حديث رقم 1357 جـ 2 ص 678. ط: دار إحياء التراث العربي، القاهرة، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي.
وهذه الحديث وإن كان مرسلًا عند مالك إلا أنه موصول عند غيره، قال ابن حجر في فتح الباري جـ5 ص 63:" وقد وصله الزبيدي عن الزهري أخرجه أبو داود وابن خزيمة وابن الجارود=

وذهب الحنفية إلى أن البائع أسوة الغرماء جميعًا[1]، وقد احتج الزيلعي للمذهب بجملة من الأدلة نوردها كما قالها، قال:" ولَنَا قَوْله تَعَالَى:﴿وَإِنْ كان ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[2] فاستحق النظرة إلى الميسرة بالآية، فليس له أن يطالبه قبلها، ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن، وهذا لأن الدين صار مؤجلًا إلى الميسرة بتأجيل الشارع، وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ، ولأن العقد يوجب ملك الثمن للبائع في ذم المشتري، وهو الدين، وذلك وصف في الذمة، ولا يتصور فيه العجز، ولا يتغير عليه موجب عقده أبدًا، لأن بقاء ذلك ببقاء محله، وهو الذمة، فصار كما إذا كان مليًّا، وهو إذا عجز فإنما يعجز عن الإيفاء، والإيفاء يقع بعين بدلًا عن الواجب بالعقد في الذمة، فيكون عجزًا عن غير ما وقع عليه العقد فلا يوجب فسخًا".[3]

39- ثالثا: التزاحم بين حقوق الله تعالى:

يتصور التزاحم بين حقوق الله تعالى في بعض صوره في تزاحم الزكاة مع الحج، وتحرير محل الكلام يكون في حال صيرورة الزكاة دينًا في الذمة بعد وجوبها على المكلف، ومن ثم إذا وجبت الزكاة في مال يملكه المكلف يمكنه من أداء الحج فيجب على المكلف أداء الزكاة، وما يبقى إذا كان ما زال يمكنه من الحج وجب عليه، وإذا كان ما يبقى لا يمكنه من الحج سقط عنه الوجوب، وعليه لا يكون تزاحم بين الحج والزكاة، لأن الواجب في المال بداية هو الزكاة، ثم ينظر فيما يبقى ويصار إلى حكم الحج على حسب الحال فيما يبقى، فبحث حكم الحج يكون تاليًا على أداء الزكاة، وما دام كذلك لا يكون هناك تزاحم.

=ولابن أبي شيبة عن عمر بن عبد العزيز أحد رواة هذا الحديث قال: قضى رسول الله ﷺ أنه أحق به من الغرماء إلا أن يكون اقتضى من ماله شيئًا فهو أسوة الغرماء" وإليه يشير اختيار البخاري لاستشهاده بأثر عثمان المذكور، وكذلك رواه عبد الرزاق عن طاوس وعطاء صحيحًا".

(1) تبيين الحقائق جـ 5 ص 201.

(2) سورة البقرة، من الآية رقم 280.

(3) تبيين الحقائق جـ 5 ص 201، 202.

لكن إن أخر المكلف الزكاة مفرطًا في إخراجها حتى صارت دينًا فهي حينئذ كبقية الديون التي لله تعالى الثابتة في ذمة المكلف، فإذا ملك مالًا يمكنه من الحج وعليه دين الزكاة أو غيرها من ديون الله تعالى، فما يقدم منها؟ أو أن واحدًا منها هو المقدم فقط لأنه هو الواجب في المحل دون غيره، ومن ثم لا تزاحم؟.

اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعية[1]، والحنابلة[2]، إلى أن الديون الثابتة في ذمة المكلف لله تعالى مقدمة على الحج.

وهذا مبني على أن الدين يمنع من الاستطاعة التي هي شرط لوجوب الحج، جاء في مغني المحتاج:" (ويشترط كون) ما ذكر من (الزاد والراحلة) مع المحمل والشريك (فاضلين عن دينه) حالًا كان أو مؤجلًا، سواء أكان لآدمي أم لله تعالى، كنذر وكفارة" [3]، وجاء في كشاف القناع:" أن يكون فاضلًا عن قضاء (دينه حالًا كان) الدين (أو مؤجلًا، لله أو لآدمي) لأن ذمته مشغولة به وهو محتاج إلى براءتها".[4]

وعلى هذا التعليل لا يكون هناك تزاحم بين الحج والديون، لأن الدين منع من وجوبه، ومن ثم لم يبق في المحل من حق إلا الديون.

لكن على تعليل الإمام الشيرازي يتصور التزاحم، فقد قال:" وإن وجد ما يشتري به الزاد والراحلة، وهو محتاج إليه لدين عليه لم يلزمه، حالًا كان الدين أو مؤجلًا، لأن الدين الحال على الفور، والحج على التراخي فقدم عليه"[5]،

---

(1) مغني المحتاج جـ 1 ص 464؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي ص 333.

(2) كشاف القناع جـ 2 ص389؛ المغني جـ 3 ص 88.

(3) مغني المحتاج جـ 1 ص 464.

(4) كشاف القناع جـ 2 ص389؛ وفي المعنى نفسه: المغني جـ 3 ص 88.

(5) المهذب مع شرحه المجموع جـ 7 ص 45.

فالظاهر من قوله وجوب الحقين، غير أن أحدهما واجب على الفور والآخر على التراخي، وما كان على الفور أولى مما كان على التراخي، كما سبق.

القول الثاني: ذهب إلى أن الحج مقدم على الديون، وهذا هو الظاهر من مذهب الحنفية؛ فقد نقل الكاساني عن الكرخي (ت:340هـ) قوله:" إن أبا يوسف قال: إذا لم يكن له مسكن ولا خادم ولا قوت عياله وعنده دراهم تبلغه إلى الحج لا ينبغي أن يجعل ذلك في غير الحج، فإن فعل أثم، لأنه مستطيع لملك الدراهم"[1]، فقد أوجب الحج عليه عند تزاحمه مع حق العبد، وهو النفقة الواجبة لعياله، فإذا كان الحج مقدمًا على حق العبد وهو دين حال هنا، فلأن يقدم على دين الله تعالى أولى، ومما يؤيد ذلك ما ذكره ابن عابدين عن اللباب قوله:"وإن وجد مالًا وعليه حج وزكاة يحج به"[2]، بل صرح قبل هذا بأن المقصود بقضائه الدين هو دين العباد[3]، وعليه يحمل قول الكاساني:"وأما تفسير الزاد والراحلة فهو أن يملك من المال مقدار ما يبلغه ذاهبًا وجائيًا، راكبًا لا ماشيًا، بنفقة وسط لا إسراف فيها ولا تقتير، فاضلًا عن مسكنه وخادمه وفرسه وسلاحه وثيابه وأثاثه ونفقة عياله وخدمه وكسوتهم وقضاء ديونه"[4]، على ديون العباد، لا كل دين.

القول الثالث: ذهب الحطاب من المالكية إلى التفريق بين دين الزكاة وبين غيره من الديون، كالكفارات والنذور، فإذا تزاحم الحج مع الزكاة فتقدم الزكاة، وإذا تزاحم مع غيرها من الكفارات كان هو المقدم.

وهذا القول منه راجع إلى عدم وجود نص من أهل المذهب على المسألة، قال:" لو كان الدين الذي عليه من ديون الزكاة وهو يستغرق ما بيده

---

(1) بدائع الصنائع جـ 2 ص 123.

(2) حاشية ابن عابدين جـ 2 ص 461.

(3) حاشية ابن عابدين جـ 2 ص 461.

(4) بدائع الصنائع جـ 2 ص 122.

فهل يحج به أو يؤخر دين الزكاة أو يصرف ذلك في الزكاة ويسقط عنه دين الحج؟ لم أر فيه نصًّا، والظاهر أنه يجب عليه أن يؤدي دين الزكاة ويسقط عنه الحج؛ لأنه واجب أداؤه على الفور اتفاقًا وإجماعًا، والمتفق عليه أو المجمع عليه مقدم على المختلف فيه، ولأن دين الزكاة يسقط الزكاة الحاضرة على المشهور، ولا شك أن الزكاة الحاضرة مقدمة على الحج، فيقدم دين الزكاة على الحج من باب أولى. أما لو كان عليه دين كفارات أو هدايا فالظاهر أن الحج مقدم على ذلك لأن هذه على التراخي والراجح في الحج أنه على الفور وأن لها بدلًا وهو الصيام فيرجع إليه".[1]

40- ما كان فيه مصلحة أعلى أولى مما فيه مصلحة أدنى منها:

ثبت بالاستقراء أن الشريعة جاءت لتحقيق المصالح للناس ودرء المفاسد عنهم[2]، وهذه المصالح مبنية على التكاليف الشرعية، أي أنها غاية لها، وإذا كانت كذلك فإن من قررت المصلحة لأجله كغاية للتكليف فإنه يثبت له الحق ويسند إليه، فيسند الحق إلى المجموع إذا كانت المصلحة عامة، وهو حق الله تعالى، والإضافة إليه سبحانه إنما لعظم الحق والمصلحة معًا، ويسند إلى العبد إذا كانت المصلحة خاصة أو فردية[3]، وعلى هذا الأساس فقد تتزاحم الحقوق الناتجة عن تقرير المصلحة من التكليف، فيثور البحث عن أي منها هو المقدم، ولا ريب أن الموازنة بين المصالح المتعارضة والمتزاحمة يفيد في بيان أي الحقوق هو المرجح.[4]

---

(1) مواهب الجليل جـ 2 ص 505.

(2) الموافقات جـ 2 ص 6.

(3) شرح التلويح جـ 2 ص 315؛ الفروق جـ 1 ص 256، وما سبق رقم 15 ص 23 وما بعدها.

(4) عني فقهاء الشريعة عناية كبيرة بمنهج الموازنة بين المصالح وألفوا فيه كتبًا متعددة، ومن بين من عني بهذا الجانب الإمامان العز بن عبدالسلام في كتابه قواعد الأحكام، والشاطبي في كتابه الموافقات، والقرافي في الفروق، ولم يقف الأمر عند حدود القدامى، بل إن الفقه الإسلامي المعاصر كانت له إسهامات كبيرة في هذا المجال، ومن بينهم الدكتور محمد سعيد رمضان=

وقد قام منهج الفقهاء في الموازنة بين المصالح عند تعارضها وتزاحمها على النظر إلى رتبة المصلحة وقوتها بين المصالح المتعارضة، وقوتها نابعة من الثمرات المترتبة على الإتيان بالتكليف سواء في جانب المأمورات أو المنهيات.

وثبت بالاستقراء أن المصالح المترتبة على التكليف ثلاثة أقسام[1]:

القسم الأول: المصالح الضرورية: وهي تلك لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين[2].

وقد تتبع الفقهاء المصالح الضرورية فوجدوها ترجع إلى خمسة أمور[3] يلزم حفظها والقيام بها، وهي الدين والنفس والعقل والنسل أو العرض والمال.[4]

=البوطي في رسالته ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، والدكتور حسان حامد حسان في رسالته نظرية المصلحة في الشريعة الإسلامية، والدكتور زين العابدين العبد محمد النور في رسالته رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية؛ الدكتور يونس محي الدين فايز الأسطل، ميزان الترجيح في المصالح والمفاسد المتعارضة مع تطبيقات فقهية معاصرة، رسالة دكتوراة قدمت إلى الجامعة الأردنية سنة 1416هـ/ 1996م)، وغير هؤلاء كثير.

(1) فقد تتبع العلماء نصوص الشريعة الجزئية، وأدلتها الكلية، وعموماتها وخصوصاتها، ومطلقاتها ومقيداتها، فوجدوها تدور على حفظ هذه الأقسام الثلاثة من المصالح، ولا تتعداها، فأخذوا من هذا أن أنواع المصالح هذه الثلاث لا زائد عليها.

لدكتور زين العابدين العبد محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية، للدكتور زين العابدين العبد محمد النور، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف (1393هـ/ 1973م) وطبعت، في جزئين، في دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي (1425هـ/ 2004م) جـ 1 ص 125.

(2) الموافقات جـ 2 ص 8.

(3) الدكتور زين العابدين العبد محمد النور، الرسالة السابقة جـ 1 ص 125.

(4) يراجع في ذلك: التقرير والتحبير في شرح كتاب التحرير، للعلامة: ابن أمير حاج، ط: دار الفكر، بيروت (1417هـ/ 1996م) جـ 3ص307؛ الإحكام في أصول الأحكام، للعلامة: أبي الحسن=

القسم الثاني: المصالح الحاجية: وهي التي لابد منها للتوسعة على الناس ورفع الحرج عنهم بفقدانها، وهي أدنى رتبة من الضروريات؛ ذلك أنه يترتب على فقد الضروري اختلال المجتمع في شؤونه كلها، وأما فقد الحاجيات فلا يترتب عليه ذلك، بل يصيب الناس حرج ومشقة.(1)

القسم الثالث: المصالح التحسينية: وهي ما قضت العادة باستحسانها عند أصحاب العقول الوافرة، والأخلاق الكاملة(2)، وهي أقل المقاصد رتبة؛ إذ لا يترتب على فقدها ضرورة ولا حاجة، ولكن في تحصيلها تحسين وتزيين.(3)

ومع كل قسم من هذه الأقسام ما يكمله ويتممه، وهذه الأقسام مرتبة في قوتها على حسب ورودها فيما سبق؛ ومن ثم فإنه عند التعارض يقدم الضروري على الحاجي والتحسني، والحاجي على التحسيني، كما أنه في مرتبة الضروري يقدم حفظ الدين على ما سواه من الضروريات على المستوى الجماعي، كما يقدم أصل الضروري والحاجي والتحسيني على ما يكمله، وهكذا.(4)

وهذا يرجع إلى أن الإخلال بالضروري بإطلاق، مع كونه أصل الحاجي والتحسيني يؤدي إلى اختلال الحاجي والتحسيني بإطلاق أيضًا، إذ إنه أصلهما، ويلزم من اختلال الأصل اختلال الفرع.

سيف الدين علي بن محمد الآمدي، ط: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى (1404هـ) جـ 3 ص 300؛ شرح طلعة الشمس، للعلامة: نور الدين عبدالله بن حميد السالمي، ط: وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان (1405هـ/ 1985م) جـ 2 ص 119 وما بعدها؛ الدكتور زين العابدين العبد محمد النور، الرسالة السابقة جـ 1 ص 126.

(1) الموافقات جـ2 ص 10، 11؛ شرح طلعة الشمس جـ 2 ص 121.

(2) الموافقات جـ2 ص 11.

(3) الموافقات جـ2 ص 12.

(4) الموافقات جـ2 ص12 وما بعدها؛ التقرير والتحبير جـ3 ص307، 308؛ الإحكام، للآمدي جـ3 ص301، 302؛ الدكتور يونس محي الدين فايز الأسطل، الرسالة السابقة ص73 وما بعدها.

وقد ضبط الإمام الشاطبي العلاقة بين هذه المصالح الثلاثة في أربعة أمور ينبني عليها إدراك أسس الترجيح بينها إذا ما تزاحمت وتعارضت فيما بينها، وهي: (1)

1- أن الضروري أصل لما سواه من الحاجي والتكميلي.

2- أن اختلال الضروري يلزم منه اختلال الباقيين بإطلاق.

3- أنه لا يلزم من اختلال الباقيين اختلال الضروري.

4- أنه قد يلزم من اختلال التحسيني بإطلاق أو الحاجي بإطلاق اختلال الضروري بوجه ما.

وعلى هذا الأساس فإنه على المستوى الجماعي الذي يغلب فيه حق الله تعالى في هذه الضروريات، إذا كانت المصلحة المترتبة على حق أقوى من المصلحة المرتبة على حق آخر فإن الحق الأول يقدم على الثاني، إذ لو لم يقدم الأول لفاتت المصالح التي قصدها الشارع وهي الغاية من التشريع، وهذا يؤدي إلى فوات الحق الآخر بالضرورة، إذ إن الإخلال بالأعلى فيه إخلال بالأدنى، ذلك أن الأحكام الشرعية كل مترابط لتحقيق المصالح ودرء المفاسد.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الحق إنما منح من الشارع لحكمة هي المصلحة، وإلا كان المنح لغير غاية، وهو عبث ينزه عنه الشارع[2]، وإذا كان كذلك تعين أن يكون تصرف الفرد في ممارسته للحق دائرًا في نطاق مقصود الشارع، بأن يتقيد بما يحقق المصلحة، وإلا كان مناقضًا لمقصود الشارع، وهو لا يجوز، قال الإمام الشاطبي:" قصد الشارع من المكلف أن يكون

---

(1) يراجع في تفصيل هذه الأمور: الموافقات جـ 2 ص 16 وما بعدها.

(2) الدكتور فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الرابعة (1417هـ/ 1997م) ص 104.

قصده فى العمل موافقا لقصده فى التشريع والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم والمطلوب من المكلف أن يجرى على ذلك فى أفعاله وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع"[1]، وهذا يؤصل للترجيح بين المصالح عند تعارضها، إذ إن مقصود الشارع تحقيق المصلحة، ومراعاتها في الأعلى يتفق مع هذا المقصود.

وتطبيقًا لذلك فإن الجهاد، وهو حق الله تعالى لحفظ الدين، يقدم على إتلاف النفس، إذ إن حفظ الدين مقدم على حفظ النفس ضمن مراتب الضروريات، ومن أكره على شرب الخمر يباح له تناولها بل قد يجب، إذ إن حفظ النفس مقدم على حفظ العقل، وهكذا.

وإذا كان الترجيح بين المصالح على النحو السابق يكون على المستوى الجماعي، غير أنه على المستوى الفردي تُقدم مصلحة حفظ النفس والمال، في بعض الأحوال، على الأحكام والتكاليف الشرعية التي جاءت كوسائل لحفظ الدين، ولهذا يقرر الإمام القرافي رحمه الله تعالى أنه يقدم صون الأموال على العبادات إذا خرجت عن العادة، كتقديم صون المال في شراء الماء للوضوء والغسل، وينتقل للتيمم، وكتقديمه على الحج إذا أفرطت الغرامات في الطرقات، ويقدم صون النفوس والأعضاء والمنافع على العبادات، فيقدم إنقاذ الغريق والحريق ونحوهما على الصلاة إذا كان فيها أو خارجًا عنها، وخشي فوات وقتها فيفوتها ويصون ما تعين صونه من ذلك، بل تعدى الأمر إلى أنه صون مال الغير محل عناية التشريع أيضًا في مثل هذه الأحوال، ولهذا يقرر القرافي أيضًا أن صون مال الغير يقدم على الصلاة إذا خشي فواته.[2]

(1) الموافقات جـ 2 ص 331.

(2) الفروق جـ 2 ص 331 وما بعدها.

ولا يعد من قبيل التزاحم ما يدخل ضمن أسباب الإباحة إذا كان سببها رد اعتداء[1]، وهذا راجع إلى أنها، وإن تعارضت فيها المصالح وهو الأساس في تقرير سبب الإباحة الذي يرتب إباحة المحظور إذا أدي إلى حماية مصلحة أعلى، فيعد الفعل مباحًا لا تقوم به جريمة ولا تنشأ عنه مسؤولية ولا يوقع من أجله عقاب[2]، تجعل الحق المقابل لمن ثبتت له الإباحة مطروحًا في الأساس من جهة الشرع، ذلك أنه في أغلب الحالات يكون السبب في الإباحة هو دفع اعتداء واقع، والاعتداء لا يولد حقًا كما لا يحمي حقوقًا، بل ترفع به الحقوق الثابتة قبله، ومن ثم لا يقوم في هذه الحالة ولا يوجد إلا حق واحد فقط، وهو الحق

---

(1) أسباب الإباحة هي تلك الأسباب التي تجعل الفعل الذي كان مجرمًا مباحًا لا تقوم به جريمة ولا تنشأ عنه مسؤولية ولا يوقع من أجله عقاب.فيفترض سبب الإباحة خضوع الفعل ابتداء للتجريم واكتسابه – بناء على ذلك – الصفة غير المشروعة، وأثر سبب الإباحة هو إخراج الفعل من نطاق التجريم ورده إلى أصله من المشروعية .ومثال سبب الإباحة حق التأديب، فإذا كان التأديب بفعل الضرب، فإن هذا الفعل ابتداء غير مشروع، لما يتضمن من اعتداء على حق شخص في سلامة جسمه.

يراجع في ذلك: أستاذنا المرحوم الدكتور محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، رقم 262 ص 220.

(2) المرحوم للدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم 10 ص 22، 23؛ ورقم 265 ص 221. فهو يقول في الموضع الأخير:" ترتد علة الإباحة إلى نظرية ترجيح المصالح، أي ترجيح المصلحة التي يصونها الفعل على المصلحة التي يهدرها، لأن المصلحة المصانة أولى بالرعاية: فالفرض أن الفعل أهدر مصلحة، وفي ذات الوقت، وبالنظر إلى ظروف معينة، صان مصلحة أخرى، فيباح ترجيحًا وتغليبًا للمصلحة الثانية. وعلى سبيل المثال، فإن الضرب تأديبيًا قد أهدر مصلحة الخاضع للتأديب في سلامة جسمه، ولكنه في ذات الوقت صان مصلحته في تقويم سلوكه، وصان كذلك مصلحة المجتمع في أن يكون أفراده على مستوى أخلاقي سليم، وقد قدر الشارع الحكيم رجحان المصلحة الثانية، فقرر إباحة فعل التأديب .والفعل المرتكب دفعًا للصائل قد أهدر مصلحة الصائل في الاحتفاظ بحياته أو بسلامة جسمه، ولكنه في ذات الوقت صان مصلحة المصال عليه في حياته أو سلامة جسمه، وقد قدر الشارع الحكيم أن مصلحة المصال عليه أهم اجتماعيًا من مصلحة الصائل، إذ إن التجاء الصائل إلى الصيال قد هبط بالقيمة الاجتماعية لمصلحته، فكان من المقبول اجتماعيًا ترجيح مصلحة المصال عليه، وإباحة فعله".

المحمي شرعًا، ولا يزاحمه غيره، ومحل التزاحم كما سبق هو في توارد حقوق على محل واحد وتكون كلها قابلة للتنفيذ.

وتطبيقًا لذلك: يجوز إهدار نفس واحدة صيانة لأنفس عديدة، كما لو قتل رجال السلطة العامة مجرمًا هاربًا أثناء مطاردتهم له صيانة لحياة أهل قرية أو حي يهددهم هذا المجرم بجرائمه، ويجوز إهدار حياة المعتدي أو سلامة بدنه صيانة لحياة المعتدى عليه أو سلامة بدن وهو ما يعرف" بدفع الصائل" أو"الدفاع الشرعي"، وذلك باعتبار أن حق المعتدى عليه أرجح من حق المعتدي، إذ التجاؤه إلى العدوان قد أضعف من القيمة الاجتماعية لحقه.[1]

لكن إذا كان الاعتداء في هذه الصور هو الأساس المؤدي إلى إضعاف حق المعتدي في سلامة بدنه، إلا أنه في بعض الحالات لا يترتب على الإباحة إهدار الحق شرعًا، بل يكون كلا الحقين محل حماية الشارع، ومن ثم فهو واجب التنفيذ، غير أن واحدًا منهما أولى بالصيانة من الآخر، نظرًا لأن عدم التضحية به يؤدي إلى التضحية بالحق الآخر، ومن ثم يرجح عليه من هذه الناحية، وتطبيقًا لذلك: يجوز إجهاض الجنين إذا تعين ذلك سبيلًا إلى صيانة حياة الحامل أو سلامة جسدها، ويجوز إهدار المال صيانة للنفس، فمن الملاحظ أن سلامة الجنين محل حماية الشارع، وكذلك سلامة الأم، والكلام نفسه يقال في المال عند تعارضه مع النفس، وعليه فليس أحد الحقين مطروحًا في الاعتبار شرعًا، ومن ثم إذا تزاحم الحقان ولا سبيل للجمع بينهما، بل لابد من إعمال واحد منهما، فلابد من الترجيح، والترجيح يخضع لقواعد الموازنة بين المصالح المتعارضة، كما سبق.

41- اجتماع عقوبات متحدة السبب والجنس موجب لتداخلها وفي غير ذلك خلاف :

---

(1) أستاذنا المرحوم الدكتور محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، رقم 10 ص 22، 23.

شرعت العقوبات للزجر والردع، وهي تتنوع إلى عقوبات مقدرة وأخرى غير مقدرة، والأولى: هي التي ورد بشأنها نص شرعي يحدد قدرها وجنسها، فليس للقاضي دور في تعديلها من أي ناحية، بل إذا ثبت موجبها وجب الحكم بها، وهي نوعان: حدود وقصاص. والثانية: هي تلك العقوبات التي لم يرد بشأنها تحديد لقدرها من الشارع، بل ترك تقديرها لولي الأمر وفق حال الجرم المرتكب والجاني المجني عليه، ويطلق عليها التعازير.

وهذه العقوبات جميعًا منها ما هو حق لله تعالى خالصًا، كحد الزنا وشرب الخمر، ومنها ما هو حق مشترك بين الله تعالى وحق الله غالب كحد السرقة والقذف بعد وصول الأمر إلى القضاء، أو حق العبد غالب كالقصاص.

ولا خلاف فيما لو كانت العقوبة واحدة فإنها تنزل بالجاني، سواء كانت مقدرة أو غير مقدرة، لكن يثور البحث عند اجتماع أكثر من عقوبة على شخص بارتكابه موجب كل واحدة منها، سواء كانت العقوبات المجتمعة من العقوبات التي حق لله تعالى أو حق العبد فيها غالب.

وقد ضبط الإمام الكاساني هذه المسألة بما يمكن احتواء تفريعاتها في قول الفقهاء غالبًا، فقال:" الأصل في أسباب الحدود إذا اجتمعت أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل، لحاجة العبد إلى الانتفاع بحقه، وتعالي الله تعالى عن الحاجات، ثم ينظر: إن لم يمكن استيفاء حقوق الله تعالى تسقط ضرورة، وإن أمكن استيفاؤها فإن كان في إقامة شيء منها إسقاط البواقي يقام ذلك درءًا للبواقي، لقوله عليه الصلاة والسلام: "ادرءوا الحدود ما

استطعتم"[1]، وإن لم يكن في إقامة شيء منها إسقاط البواقي يقام الكل، جمعًا بين الحقين في الاستيفاء".[2]

ومن ثم لا يخلو الأمر من عدة احتمالات هي:

الأول: أن تكون العقوبات المجتمعة هي من حقوق الله تعالى أو ما يغلب فيها حقه، وفي هذه الحالة لا يخول الحال من أن تكون هذه العقوبات متحدة الجنس والسبب أو لا تكون كذلك.

أ- فإن كانت متحدة الجنس والسبب، كأن ارتكب المكلف الزنا عدة مرات متفرقة ولم يقم عليه حد لإحدى هذه الجرائم، أو تكررت منه السرقة، أو شرب الخمر، وهكذا، ففي هذه الحالة تتداخل هذه العقوبات أو الحدود، ويقام على الجاني حد واحد باتفاق الفقهاء[3]، كما حكاه ابن قدامه عن ابن المنذر، قال:" وجملته أن ما يوجب الحد من الزنا والسرقة والقذف وشرب الخمر إذا تكرر قبل إقامة الحد أجزأ حد واحد بغير خلاف علمناه، قال ابن المنذر (ت:318هـ): أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، منهم: عطاء، والزهري،

---

(1) أخرجه بهذا اللفظ أبو يعلى من حديث أبي هريرة رضي الله عنه؛ والبيهقي من حديث ابن مسعود مع زيادة.

يراجع: مسند أبي يعلى، للإمام: أبي يعلى: أحمد بن علي بن المثنى الموصلي، ط: دار المأمون للتراث، دمشق، الطبعة الأولى (1404هـ/1984م) تحقيق: حسين سليم أسد، حديث رقم 6618 جـ 11 ص 494؛ السنن الكبرى، للإمام: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، ط: دار الباز، مكة المكرمة (1414هـ/ 1994م) تحقيق محمد عبدالقادر عطا، كتاب الحدود، باب درء الحدود بالشبهات، حديث رقم 16839 جـ 8 ص 238.

وقد ذكر السيوطي طرقه في الأشباه والنظائر ص 122، 123.

(2) بدائع الصنائع جـ 7 ص 62، 63.

(3) المبسوط جـ9 ص101؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ4 ص447؛ مغني المحتاج جـ4 ص185؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي ص 126؛ المغني جـ 9 ص 132.

ومالك، وأبو حنيفة (ت:150هـ)، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو يوسف، وهو مذهب الشافعي".[1]

وتبرير ذلك أن العقوبة شرعت لأجل الزجر والردع، والعقوبة الواحدة تحقق هذا الغرض، هذا فضلًا عن أن سبب هذه الحدود واحد، فيحد حدًّا واحدًا للجميع.[2]

لكن قد يعترض على ذلك بأن هذا قد يدعو الجاني إلى تكرار الجريمة مرة بعد مرة إذا ما علم بالتداخل على هذا النحو. ويجاب عن هذا بأن هذا الاحتمال لا يكفي لرد التداخل طالما لم يثبت قطعًا أن العقوبة غير رادعة له[3]، هذا بالإضافة إلى أن هذا الاعتراض يتجه لو أن العقوبة أقيمت عليه ثم عاد بعدها، فهنا يظهر عدم حصول المقصود، فيحد مرة ثانية ولا تداخل، لكن الفرض هنا أن لم يقم عليه حد من الحدود، ومن ثم فالخشية من عدم الردع غير متحققة طالما لم ينفذ عليه حد منها.[4]

والتزاحم بين الحقوق في هذه الحالة موجود، بالنظر إلى أن كل فعل ارتكبه الجاني رتب حقًا لله تعالى في عقابه، فكان كل فعل باستقلال موجبًا لعقوبة، فلما حكم بالتداخل بين هذه العقوبات ولم يطبق منها إلا واحدة فكأنه تم طرح كل الحقوق في مقابل بقاء حق منها، وهذا يكفي في إيجاد التزاحم. وهذا أصل من أحد أصليين ينبني عليه التداخل وفق كلام الإمام السيوطي رحمه الله تعالى، فإنه قال في تداخل العِدد، وهو يفيد في تأصيل تداخل العقوبات، قال:' التداخل في العِدد هل هو سقوط الأولى والاكتفاء بالثاني؟ أو انضمام الأولى

(1) المغني جـ 9 ص 74.
(2) المبسوط جـ 9 ص 101.
(3) للدكتور محمد خالد عبدالعزيز منصور، الرسالة السابقة ص 329.
(4) في هذا المعنى: بدائع الصنائع جـ 7 ص 56.

للثاني؟ فيؤذيان بانقضاء مدة واحدة، وفيه وجهان"[1]، وهو ما أصله الإمام الرافعي أيضًا ونقله عنه السيوطي، فقد تساءل عن طبيعة العقوبة الحدية المطبقة في حال التداخل، فالجريمة الحدية المتكررة "هل يقال وجب لها حدود ثم عادت إلى حد واحد؟ أو لم يجب إلا حد واحد؟ ثم قال: ذكروا احتمالين".[2]

ب – وإن كانت العقوبات المجتمعة مختلفة الجنس والسبب، ففي هـذه الحالة يفرق بين ما إذا كان من بين العقوبات قتل الجاني أو لا.

فإن كان من بينها قتل الجاني، فقد اتفق الفقهاء على وجوب القتل وإن اختلفوا في إقامة سائر الحدود الواجبة عليه، قال ابن حزم:" أجمعوا أن من اجتمع عليه حد الزنا والخمر والقذف والقتل أن القتل عليه واجب، واختلفوا أيقام عليه قبل ذلك سائر الحدود أم لا؟"[3] وكان خلافهم على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[4]، والمالكية[5]، والحنابلة[6]، إلـى أن الـذي ينفذ على الجاني منها القتل ويسقط ما عداه من العقوبات، ومستندهم في ذلك أن الأصل في الحدود أن تدرأ بالشبهات، لما رواه الترمذي من حـديث عائـشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت: قـال رسـول الله ﷺ: "ادرءوا الحـدود عـن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"[7]، وتقديم القتل عليها درء لها.

---

(1) الأشباه والنظائر ص 128.

(2) الأشباه والنظائر ص 126.

(3) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، للعلامة: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ط: دار الكتب العلمية، بيروت ص 129.

(4) المبسوط جـ 9 ص 101؛ وفي المعنى نفسه: بدائع الصنائع جـ 7 ص 62.

(5) مواهب الجليل جـ 6 ص 313.

(6) المغني جـ 9 ص 132.

(7) سنن الترمذي، للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرين، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، حديث رقم 1424 جـ4 ص33.

والظاهر أن هذا كان هو التطبيق السائد في عصر الصحابة رضوان الله عليهم، لما ذكره ابن قدامه عن سيدنا عبدالله بن مسعود قال:" إذا اجتمع حدان أحدهما القتل أحاط القتل بذلك"[1]، وقال السرخسي(ت:483هـ):"هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم".[2]

القول الثاني: ذهب الشافعية[3] إلى أنه يبدأ بالأخف من هذه العقوبات فالأشد حتى يصل إلى القتل، ولا يسقط القتل ما عداه، وفي هذا جمع لكل العقوبات الواجبة، طالما أنه يمكن إقامتها جميعًا.

واحتجوا لذلك بعموم الظواهر في الحدود الموجب لاستيفائها، ولأنها حدود لا تتداخل في غير القتل فوجب أن لا تتداخل في القتل.[4]

وإن لم يكن القتل من بينها وكانت مختلفة الجنس والسبب والحال أنها من حقوق الله تعالى، فإنها تقام جميعًا على الجاني، وهذا الذي عناه الإمام الماوردي بقياس الحدود التي من بينها قتل عليها، فكما أن هذه العقوبات، مع كونها مختلفة الجنس والسبب وهي حدود تقام جميعًا، فكذلك تقام الحدود التي من بينها قتل، بجامع كون كل منها حدودًا مختلفة الجنس والسبب، غير أنه لا سبيل إلى إقامتها جميعًا إلا بتأخير القتل، لأنه لو بدئ به لم يمكن إقامة الباقي، لفوات المحل.[5]

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء في إقامتها جميعًا وإن كانوا قد اختلفوا فيما يبدأ به منها، غير أن هذا الخلاف لا يفيد كثيرًا في مجال التزاحم، ذلك أن الحقوق كلها أمكن إقامتها والعمل بها، ومن ثم فالتزاحم ليس حقيقيًا، إلا أن يقال:

---

(1) المغني جـ 9 ص 132.

(2) المبسوط جـ 9 ص 101.

(3) الحاوي الكبير جـ 13 ص 373؛ مغني المحتاج جـ 4 ص 185؛ الأشباه والنظائر ص 337.

(4) الحاوي الكبير جـ 13 ص 373.

(5) في هذا المعنى: المغني لابن قدامه جـ 9 ص 133.

إن التقديم مراعى فيه أحوال عدم إمكان إقامة باقي الحدود لسبب يطرأ يمنع من إقامتها فتسقط، ومن ثم بدئ بتلك العقوبة أولًا لأهميتها، وهذا يكفي في إيجاد التزاحم الحقيقي، كما سبق.

ج- وإن كانت العقوبات المجتمعة، وهي من حقوق الله تعالى أو ما يغلب فيها حقه، متحدة الجنس مختلفة السبب، كأن يرتكب المكلف عدة جرائم توجب حدًّا متماثلًا، كأن يقذف إنسانًا، ويشرب الخمر، ويزني هو غير محصن، فكل هذه الأفعال أسباب مختلفة أوجبت الجلد، وكالقتل فإنه عقوبة لمن زنى وهو محصن، ومن ارتد عن الدين، ومن حارب وأخاف الناس.

فإذا كانت العقوبة الحدية هي الجلد لعدة جرائم فقد اتفق الفقهاء على إقامتها جميعًا، إذا كانت مختلفة القدر، إما إذا اتحدت في القدر، كأن شربَ الخمر وقذف أحدًا فذهب الجمهور إلى إقامتها جميعًا[1]، وذهب المالكية إلى إقامة عقوبة منها، واعتبروا التساوي في القدر والصفة بمثابة التساوي في السبب، فيكفي اتحاد الموجِب، أي السبب، أو الموجَب، أي الحد.[2]

وأما إذا كانت العقوبة هي القتل لعدة جرائم حدية، فقد قال الإمام السيوطي إلى أنه لم يجد في المسألة نقلًا، وذهب، حسب ما ظهر له، إلى أنه يرجم، وعلل ذلك بأنه يحصل به مقصود الحدود جميعًا، بخلاف ما لو قتل بالسيف فإنه لا يحصل مقصود الرجم، أي صورة، ونص ما قاله: "ولو اجتمع قتل الزنا والردة لم يحضرني فيه نقل، والذي يظهر أنه يرجم؛ لأنه يحصل مقصودهما، بخلاف ما لو قتل بالسيف فإنه يحصل قتل الردة دون الزنا".[3]

---

(1) يراجع في ذلك: بدائع الصنائع جـ 7 ص 63؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 4 ص 347؛ مغني المحتاج جـ 4 ص 185؛ المغني جـ 9 ص 133.

(2) حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 4 ص 347.

(3) الأشباه والنظائر ص 337.

الثاني: أن تكون العقوبات المجتمعة مغلب فيها حق العبد، وذلك كالقصاص والقذف على قول بعض الفقهاء بعد الرفع إلى الإمام.

ويقال في اجتماع هذه العقوبات ما قيل في اجتماع العقوبات التي هي حق لله تعالى أو الغالب فيها حقه سبحانه وتعالى، ومن ثم فهذه العقوبات المجتمعة إما أن تكون متحدة الجنس والسبب، أو مختلفة الجنس والسبب، أو مختلفة السبب متحدة الجنس.

فإن كانت متحدة الجنس والسبب، كأن قذف أشخاصًا، أو قتل أشخاصًا عمدًا عدوانًا، أو قطع أعضاء متماثلة من عدة أشخاص، فيفرق بين حالتين: الأولى: أن تكون العقوبة عي القتل قصاصًا، الثانية: أن تكون العقوبة هي الجلد.

فإذا كانت العقوبة هي القتل قصاصًا فإنه يقاد منهم لأولهم لسبق حقه، وللباقين الدية، لفوات المحل، هذا إذا قتلهم متعاقبين، ولو قتلهم دفعة واحدة، أو متعاقبين وجهلنا الأول، وقام جميع أولياء دم المقتولين وطلبوا القصاص اقتص لهم جميعًا، وإن طلبه البعض وطلب البعض الآخر الدية فلهم ذلك، لأنه حقهم، وإن تشاحوا في القصاص أقرع بينهم ويقتل لمن خرجت القرعة له، وللباقين الدية، وهذا قول الشافعية[1]، والحنابلة.[2]

وذهب الحنفية[3]، والمالكية[4]، إلى أن القود يكون للجميع، ولا دية.

---

(1) الحاوي الكبير جـ 13 ص 373؛ روضة الطالبين جـ 9 ص 218؛ مغني المحتاج جـ 4 ص 22، وص 183.

(2) كشاف القناع جـ 5 ص 541؛ المغني جـ 8 ص 250 وجـ 9 ص 75؛ المبدع جـ 8 ص 294.

(3) تبيين الحقائق جـ 6 ص 115؛ المبسوط جـ 26 ص 127.

(4) الكافي في فقه أهل المدينة، للعلامة: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1407هـ) ص 590.

والتزاحم على القولين شكلي، إذ إن الحقوق المقررة لأولياء الدم أمكن القيام بها، سواء كانت هذه العقوبات هي القصاص أو الدية، وهذا على قول الشافعية والحنابلة، وكذلك على قول المالكية والحنفية، لأن القصاص كان حقًا للجميع وأقيم فحصل الإتيان بحقهم جميعًا.

وأما إذا كانت العقوبة هي الجلد بسبب قذفه، فلا يخلو الحال من أن يكون القذف لإنسان واحد مرات متكررة، أو يكون القذف لأكثر من واحد، وفي هذه الحالة لا يخلو من أن يقذفهم بكلمة واحدة جميعًا، أو بكلمة تخص كل واحد.

فإن قذف واحدًا مرات متعددة فإنه يجب عليه حد واحد في قول أكثر الفقهاء[1]، نظرًا لاتحاد السبب والجنس، فيجلد ثمانين جلدة، لقوله تعالى:﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.[2]

وإن قذف جماعة بكلمة واحدة فقد ذهب الجمهور: الحنفية[3]، والمالكية[4]، والقديم عند الشافعية[5]، وهو قول الحنابلة[6]، إلى تداخل الحدود ولا يحد إلا حدًا واحدًا، لأن حد القذف واجب جزاء الفعل كسائر الحدود، وإذا كان كذلك تداخل كما تداخلت الحدود الأخرى، باتحاد السبب والجنس.

وذهب الشافعية في الصحيح إلى أنه يجب لكل واحد منهم حد[7]،"لأنه ألحق العار بقذف كل واحد منهم، فلزمه لكل واحد منهم حد، كما لو أفرد كل

---

(1) حاشية ابن عابدين جـ4 ص 57؛ بدائع الصنائع جـ7 ص56؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ4 ص327؛ المغني جـ9 ص 89.

(2) سورة النور، الآية رقم 4.

(3) بدائع الصنائع جـ 7 ص 56؛ تبيين الحقائق جـ 3 ص 207.

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ 4 ص 327.

(5) الحاوي الكبير جـ 10 ص 120؛ المهذب جـ 2 ص 275.

(6) المغني جـ 9 ص 88؛ المبدع جـ 9 ص 98.

(7) الحاوي الكبير جـ 10 ص 120؛ المهذب جـ2 ص 275.

واحد منهم بالقذف"[1]، و"لأن الحقوق إذا لم تتداخل إذا انفردت لم تتداخل إذا اجتمعت، كالقصاص والديون، وإذا تداخلت إذا اجتمعت تداخلت إذا انفردت، كالزنا والسرقة".[2]

وأما إن كان القذف منه بكلمة لكل واحد على حده فقد ذهب الشافعية[3]، والحنابلة[4]، إلى وجوب الحد لكل واحد من المقذوفين، ولا تداخل، وتعليله ما سبق ذكره من إلحاق العار بكل واحد منهم، فيلزم أن يكون لمن لحقه العار الحد على القاذف، وما ذكره الماوردي.

وذهب المالكية[5]، والحنفية[6]، إلى أنه ينزل به حد واحد فقط، ويحتج لهم بما سبق ذكره من أدلة عند القذف للجماعة بكلمة واحدة، هذا بالإضافة إلى أن القذف"جناية توجب حدًّا، فإذا تكررت كفى حد واحد، كما لو سرق من جماعة، أو زنى بنساء، أو شرب أنواعًا من المسكر".[7]

الثالث: اجتماع عقوبات لله تعالى مع عقوبات يغلب فيها حق العبد:

وفي هذه الحالة يفرق بين ما إذا كانت في العقوبات المجتمعة قتل أو لا.[8]

فإن كان فيها قتل، سواء كان لله تعالى، كالرجم والقتل في الردة، أو كان للعبد كالقتل قصاصًا، فإنه يجب القتل باتفاق الفقهاء، غير أنهم يختلفون في

---

(1) المهذب جـ 2 ص 275.
(2) الحاوي الكبير جـ 10 ص 120؛ وفي المعنى نفسه: المغني جـ 9 ص 89.
(3) الحاوي الكبير جـ 10 ص 119 وما بعدها؛ المهذب جـ 2 ص 275.
(4) المغني جـ 9 ص 89.
(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ 4 ص 327.
(6) بدائع الصنائع جـ 8 ص 56.
(7) المغني جـ 9 ص 89.
(8) يراجع في ذلك: بدائع الصنائع جـ 7 ص 63.

وجوب غيره من العقوبات معه، أو أنها تندرئ به، وهو الخلاف السابق ذكـــره في اجتماع عقوبات من حقوق الله تعالى وفيها قتل.

غير أنه إذا كانت العقوبة هي القتل وكان موجبها مختلفاً، كأن قتل شخصًا عمدًا عدوانًا وزنا وهو محصن وحارب وأخاف الناس وحكم القضاء في كل جريمة بالقتل، فقد وجب عليه القتل قصاصًا وحدًّا، فيقتل قصاصًا تقديمًا لحق العبد على حق الله تعالى، مراعاة لجانب شفاء غيظ المجني عليه، ولغنى الله تعالى وفقر العبد وشحه.

وإن لم يكن من بينها قتل، فإنها جميعًا تجب عليه وتستوفى، إلا ما جاء عن المالكية بتداخل حد الشرب مع حد القذف، وقد سبق بيان هذه المسألة.

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أنه يقدم في الاستيفاء ما كان حقًّا للعبـــد على ما كان حقًّا لله تعالى، ومن ثم إذا اجتمع زنا من غير محصن وقذف للغير قدم حد القذف على حد الزنا، وهو الأصح في بيان علة التقديم عند الشافعية من كونه حقًّا للعبد والزنا حقًّا لله تعالى.[1]

---

(1)مغني المحتاج جـــ 4 ص 185؛ وأيضًا الحاوي الكبير جـــ 13 ص 373.

المبحث الثاني

التقديم بوصف يتعلق بمن ثبت له الحق

42- تمهيد وتقسيم:

إذا كان رفع التزاحم وتقديم حق على حق يقوم في كثير من الحالات على وجود أوصاف تتعلق بالحق نفسه كما سبق في المبحث الأول، إلا أن الأوصاف والمقومات التي تكون في صاحب الحق لها دورها أيضًا في رفع التزاحم وتقديم حق على حق.

ويمكن إجمال هذه الأوصاف التي يبنى عليها الترجيح في وجود قوة ومزية لصاحب الحق على غيره، والتزاحم هنا متصور لتوارد حقوق على محل واحد وكلها واجبة النفاذ لو انفردت في المحل، غير أن وجود هذه الأوصاف رجح بعضها، أي الحقوق، على بعض، والترجيح بوصف فيه رفع التزاحم.

ويلاحظ أن التقديم وإن كان قائمًا على مزية في الشخص ليست في غيره، إلا أن الأسباب الموجبة للحق متوفرة في كل واحد منهم، بما يعني أن هناك قدرًا مشتركًا بين هؤلاء الأشخاص في ثبوت الحق، غير أن بعضهم أولى من بعض لوجود صفات زائدة فيه ليست في الآخرين.

وقد عالج الفقهاء التقديم لحق على حق فيما يتعلق بالشخص في مواطن عديدة في الفقه الإسلامي، سواء ما يتعلق بالعبادات أو المعاملات، أو الأحوال الشخصية، وغيرها من المواطن.

ونحاول فيما يأتي صوغ بعض الضوابط التي تعالج رفع التزاحم وتقديم حق على حق بسبب يتعلق بالشخص الذي ثبت له الحق في المواطن سابقة الذكر.

43- الأفضل مقدم على المفضول في الإمامة في الصلاة:

يقوم منهج التشريع الإسلامي على مراعاة الكفاءة فيمن يسند إليه عمل من الأعمال التي يقوم فيها على غيره، وكل عمل يتطلب قدرات خاصة ومهارات مميزة لدى الفرد في قيامه به، تمكنه من أدائه على الوجه المطلوب، وتختلف الصفات الخاصة المطلوبة فيمن يقوم بالعمل وفقًا لطبيعة كل عمل، ويمكن ضبط ذلك بكل قدرة ومهارة تثمر عن أداء العمل وفق طبيعته وما يقصده الشارع منه.

وعليه فإذا وجدت مواصفات عمل ما في شخص دون غيره فإن القيام بالعمل يتعين عليه، إذا كان لابد منه في المجتمع، لقاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، أما إذا وجدت المواصفات والمقومات في أكثر من شخص فإنه ينظر إن كان لأحدهم مزيد صفة على غيره وهذه الصفة مؤثرة في العمل، أي تجعل إسناد العمل إليه وقيامه به محققًا لمصلحة أكبر من قيام غيره به، فإنه بذلك يقدم على غيره، وإلا بأن تساوى الجميع في صفات العمل ولا مزية لواحد منهم ترجحه على غيره، فإنه يختار منهم واحدًا إذا أمكن ذلك، وإلا فلا سبيل إلا العمل بالقرعة، قال الإمام السيوطي:"لا يقدم في التزاحم على الحقوق أحد إلا بمرجح وله أسباب:.... ثالثها: القرعة في مواضع كثيرة كازدحام الأولياء في النكاح..".(1)

وقد سار التطبيق الفقهي على هذا في مسألة الإمامة في الصلاة، واشترط الفقهاء في الإمام جملة من الشروط تجعله مؤهلًا لها، وصالحًا للقيام بها، وكلها تؤدي إلى تعميق الفضيلة في الإمام بما يجعله قدوة لغيره من الناس، قال الكاساني رحمه الله تعالى معللًا جواز إمامة الأعمى والعبد:" لأن مبنى

---

(1) الأشباه والنظائر ص 340.

الإمامة على الفضيلة، ولهذا كان رسول الله ﷺ يؤم غيره ولا يؤمه غيره، وكذا كل واحد من الخلفاء الراشدين في عصره".[1]

وإذا توفرت جملة من الشروط في شخص صحت إمامته باتفاق الفقهاء، وهي: الذكورة، والإسلام، والبلوغ[2] والعقل، والعدالة، ومعرفة ما تصح به الصلاة.

وقد اتفق الفقهاء على أن الإمام الراتب هو أولى الناس بالإمامة وإن وجد من هو أفضل منه[3]، فهو منزل منزلة إمام المسلمين العام، أو الخليفة، لأن

(1) بدائع الصنائع جـ 1 ص 156؛ وفي المعنى نفسه: المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، ط: دار المعرفة، بيروت جـ 1 ص 40.

(2) اختلف الفقهاء في صحة إمام الصبي الذي يعقل ويميز في الفريضة على قولين:

الأول: ذهب إلى صحة إمامته، وقال به: الحسن البصري، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وبعض الإباضية. واستندوا إلى ما رواه البخاري من حديث عمرو بن سلمة قال: أممت على عهد رسول الله ﷺ وأنا غلام ابن سبع سنين، أو ست سنين".

الثاني: ذهب إلى عدم صحة إمامته في الفريضة، وقال به جمهور الفقهاء: الأوزاعي، والليث بن سعد، وهو قول الحنفية، و المالكية، والمختار عند الشافعي رحمه الله تعالى، والحنابلة، والظاهرية وجمهور الإباضية. واستندوا إلى قول ابن مسعود: لا يؤم الغلام حتى تجب عليه الحدود، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: لا يؤم الغلام حتى يحتلم، ولأن صلاته لا تقع موقع الفريضة، بل موقع النفل، فلا يقتدي به المفترض.

يراجع في ذلك: بدائع الصنائع جـ 1 ص 157؛ تبيين الحقائق جـ 1 ص140؛ الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (1411هـ/ 1991م) جـ 1 ص 86؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 1 ص 329؛ القوانين الفقهية، للعلامة: محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ص 48؛ الأم، للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، ط: دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية (1393هـ) جـ1 ص 166؛ مغني المحتاج جـ 1 ص 240؛ الإشراف على مذاهب أهل العلم، للعلامة: أبي بكر بن المنذر النيسابوري، ط:مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الطبعة الأولى 1425هـ/ 2004م) جـ2 ص 129؛ كشاف القناع جـ1 ص 480؛ المغني جـ2 ص31، 32؛ المحلى جـ4 ص217، 218؛ معارج الآمال شرح مدارج الكمال جـ3 ص 333؛ فتاوى العبادات، للشيخ أحمد بن حمد الخليلي، ط: الأجيال، مسقط ص 85.

(3) المغني جـ 2 ص 19؛ المحلى جـ4 ص207؛ وانظر الشرح الكبير، للدردير جـ1 ص342.

هذا سلطانه المولى عليه(1)، وقد روى مسلم (ت:261هـ) من حديث أبي مسعود الأنصاري قال: قال ﷺ: "... ولا يؤمن الرجل الرجلَ في سلطانه"(2)، وعليه لا يصح لأحد أن يؤم الإمام الراتب إلا بإذنه.

لكن إن وجد أكثر من شخص توفرت فيه شروط الإمامة السابق ذكرها فإنه يقدم أحدهم بما يرجحه عن الآخرين، وذلك بوجود صفات زائدة فيه عن غيره متعلقة بحسن أداء الإمامة، وذلك على سبيل الندب لا الوجوب.

وقد ذكر الفقهاء أسبابًا للترجيح تدور في مجملها حول شروط الكمال المشترطة في الإمام، قال الإمام النووي:" الأسباب المرجحة في الإمامة ستة: الفقه، والقراءة، والورع، والسن، والنسب، والهجرة".(3) وبيان هذه الأسباب فيما يأتي:

44- أ- التقديم بالفقه والقراءة:

يراد بالفقه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية، وعليه يكون الأفقه الأعلم من غيره بالأحكام المتعلقة بالصلاة صحة وفسادًا.

وأما القراءة فالمراد بها العلم بقواعد التجويد ومراعاتها في التلاوة، وعليه فالأقرأ هو الأعلم بقواعد التجويد وتطبيقها في تلاوته.(4)

---

(1) شرح النووي على مسلم للإمام أبي زكريا يحيي بن شرف النووي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية (1392هـ) جـ5 ص173؛ مغني المحتاج جـ1 ص244؛ المغني جـ2 ص19.

(2) صحيح مسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب من أحق بالإمامة، حديث رقم 673 جـ1 ص465.

(3) المجموع شرح المهذب جـ 1 ص 244.

والظاهر أن الترتيب على هذا النحو غير مراد، ذلك أن رتبة الهجرة عند الشافعية بعد الورع وقبل السن.

يراجع في ذلك: مغني المحتاج جـ1 ص 243.

(4) يراجع في ذلك: الفتاوى الهندية جـ1 ص 83؛ الشرح الكبير للدردير جـ 1 ص 343.

وقال الحطاب في مواهب الجليل جـ1 ص 468 نقلًا عن ابن ناجي في شرح الرسالة:" إن المسائل التي يعرف بها فقه الإمام ثلاثة: أحدها: أن يخطف إحرامه وسلامه، أي يسرع فيهما،=

ولا خلاف بين الفقهاء في التقديم بالقراءة والفقه على غيرهما[1]، لكن إن تفاوت الصالحون للإمامة في القراءة والفقه فأيهم يقدم؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين، وسبب الخلاف راجع إلى اختلافهم في مفهوم حديث أبي مسعود الأنصاري، الآتي ذكره فيما بعد، فمن الفقهاء من حمله على ظاهره، ومنهم من حمل الأقرأ على الأفقه، لأن الحاجة إلى الفقه في الإمامة أمس من الحاجة إلى القراءة، وأيضا فإن الأقرأ من الصحابة كان هو الأفقه ضرورة، وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم.[2]

القول الأول: ذهب إلى أن الذي يقدم هو الأفقه، وقال به جمهور الفقهاء: الحنفية[3]، والمالكية[4]، وهو الأصح عند الشافعية كما نص عليه النووي[5]، وهو قول بعض الإباضية.[6]

وحجة هذا القول: ما ذكره الزيلعي من حديث عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال: "يؤم القوم أعلمهم بالسنة، فإن كانوا في السنة سواء فأقرؤهم لكتاب الله تعالى...الحديث".[7] وأيضًا فإنه ﷺ قدم أبا بكر رضي الله عنه إمامة الصلاة في حال مرضه ﷺ وفي الصحابة من هو أقرأ منه وأحفظ، ويدل له ما رواه

=لئلا يشاركه المأموم فيها فتبطل صلاته. والثانية: تقصير الجلسة الوسطى. والثالثة: دخول المحراب بعد الإقامة، والله أعلم". وليس الفقه فقط هذه الأمور، بل فيه غيرها، وقد أجملها بعض فقهاء الحنفية، في العلم بالأحكام المتعلقة بالصلاة صحة وفسادًا، كما سبق في المتن.

(1) المغني جـ 2 ص 5.

(2) بداية المجتهد جـ1 ص104.

(3) تبيين الحقائق جـ1 ص133؛ بدائع الصنائع جـ1 ص157.

(4) حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 1 ص 343؛ وفي المعنى نفسه: مواهب الجليل جـ2 ص129.

(5) المجموع جـ 4 ص 244؛ فقد قال:" وإن تعارضت الأسباب ففيه خمسة أوجه أصحها عند جمهور أصحابنا، وهو المنصوص الذي قطع به المصنف والأكثرون ونقله الشيخ أبو حامد عن الأصحاب، أن الأفقه مقدم على الأقرأ"؛ ومغني المحتاج جـ 1 ص 242.

(6) معارج الآمال جـ3 ص334.

(7) تبيين الحقائق جـ1 ص133. ولم أقف على هذا الحديث.

الترمذي (ت:279هـ) من حديث أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: "أرحم أمتي بأمتي أبو بكر....وأقرؤهم أبي الحديث".(1)

قال الإمام النووي:" قالوا: ولهذا قدم النبي ﷺ أبا بكر رضي الله عنه في الصلاة على الباقين مع أنه ﷺ نص على أن غيره أقرأ منه"(2)، بل ثبت أن أبا بكر كان أعلم الصحابة، وعليه يكون المقدم هو الأعلم لا الأقرأ.

وتقديم النبي ﷺ لأبي بكر في إمامة الصلاة ثابت بما رواه البخاري من حديث أبي موسى رضي الله عنه قال: مرض النبي ﷺ فاشتد مرضه فقال: "مروا أبا بكر فليصل بالناس".(3) وكونه أعلم الصحابة ثابت بما رواه البخاري أيضًا من قول أبي سعيد الخدري رضي الله عنه:"... كان أبو بكر أعلمنا".(4)

هذا بالإضافة إلى أن "الذي يحتاج إليه من القراءة مضبوط والذي يحتاج إليه من الفقه غير مضبوط وقد يعرض في الصلاة أمر لا يقدر على مراعاة الصواب فيه إلَّا كامل الفقه".(5)

والعبرة هنا بفقه الصلاة، فلو اجتمع فقيهان أحدهما أعلم بالصلاة والآخر أعرف بما سواها، قدم من هو أعلم وأفقه بأحكام الصلاة.(6)

---

(1) سنن الترمذي، كتاب المناقب، باب مناقب معاذ بن جبل وزيد بن ثابت وأبي وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم، حديث رقم 3790 جـ 5 ص 664. وقال:" هذا حديث حسن غريب".

(2) شرح النووي على مسلم جـ 5 ص 172، 173.

(3) صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب أهل العلم والفضل أحق بالإمامة، حديث رقم 646 جـ1 ص240.

(4) صحيح البخاري، كتاب مناقب المهاجرين والأنصار، باب قول النبي ﷺ سدوا الأبواب إلا باب أبي بكر، حديث رقم 3454 جـ 3 ص 1337.

(5) شرح النووي على مسلم جـ5 ص172، 173؛ وفي المعنى نفسه: تبيين الحقائق جـ1 ص133.

(6) المغني جـ 2 ص7.

القول الثاني: ذهب إلى تقديم الأقرأ على الأفقه، وقال به: أبو يوسف من الحنفية [1]، الحنابلة[2]، والظاهرية[3]، والشيخ الخليلي من الإباضية.[4]

واحتجوا لما ذهبوا إليه بما رواه مسلم من حديث أبي مسعود الأنصاري، قال: قال رسول الله ﷺ: "يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله، فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة، فإن كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة، فإن كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم سلمًا[5]، ولا يؤمن الرجلُ الرجلَ في سلطانه".[6] وبما رواه مسلم أيضًا من حديث أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا كانوا ثلاثة فليؤمهم أحدهم، وأحقهم بالإمامة أقرؤهم".[7]

وجه الدلالة: الحديثان ظاهرا الدلالة في تقديم الأقرأ على غيره، وقد جاء التصريح بتقديمه على الأفقه في الحديث الأول حديث أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه.

وقد أجاب أصحاب هذا القول عن تقديم الرسول الكريم ﷺ أبا بكر في الإمامة مع وجود من هو أقرأ منه، بأن ذلك كان لتفهيم الصحابة من تقديمه في الإمامة الصغرى استحقاقه للإمامة الكبرى.[8]

---

(1) تبيين الحقائق جـ 1 ص 133.
(2) كشاف القناع جـ 1 ص 471؛ المغني جـ 2 ص 5.
(3) المحلى جـ 4 ص 207.
(4) فتوى له غير منشورة.
(5) أي أقدمهم إسلامًا.
(6) صحيح مسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب من أحق بالإمامة، حديث رقم 673 جـ1 ص 465.
(7) صحيح مسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب من أحق بالإمامة، حديث رقم 672 جـ1 ص 464.
(8) كشاف القناع جـ 1 ص 471.

وأجيب عن هذا الجواب بأن ذلك لا يتنافى مع كون أبي بكر الأفقه والأعلم؛ فقد صاحب النبي ﷺ طيلة حياته، ثم إن هذا هو السبب الظاهر قبل أن يتكلموا في المستحق للإمامة[1]، ويضاف إلى ذلك أن استحقاق سيدنا أبي بكر للإمامة العظمى بناء على الأمر بتقديمه في الإمامة فيه دليل على استحقاقه لها بأسبابها الظاهرة فيه من باب أولى، لأن من استحق الإمامة الكبرى فمن باب أولى تثبت له الصغرى، فهذه جزء من الكبرى، وما ثبت في الكل يثبت في الجزء تبعًا، وعليه تكون الأسباب المرعية في تقديمه للإمامة، وهي كونه أعلم الصحابة، لا كونه أقرأهم، هي الأساس، ومن ثم يقدم الأعلم على الأقرأ، وعلى هذا نختار القول الأول.

45- ب- التقديم بالورع:

الورع هو كما قال ابن راهويه (ت: 238هـ) في مسنده: "الورع هو اجتناب الشبهات خوفًا من الوقوع في المحرمات، وهو من ثمار المعرفة لله سبحانه، فكلما ازداد العبد معرفة لربه وقربًا منه زادت خشيته منه وزاد ورعه".[2] وقال القرافي: "هو ترك ما لا بأس به حذرًا مما به البأس".[3]

وإذا كانت الهجرة تطلق على الهجرة من المعاصي إلى الطاعات، لقوله ﷺ: "والمهاجر من هجر ما نهى الله عنه". فهي بمعني الورع، وهي مكانه في الترتيب عند الحنفية، على اعتبار أن الهجرة المكانية انتهت بفتح مكة، ومن ثم فلا تقديم بها عند الحنفية.[4]

---

(1) الدكتورة شادية أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 162.

(2) مسند ابن راهويه، للإمام إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي، المعروف بابن راهويه، ط: مكتبة الإيمان، المدينة المنورة، الطبعة الأولى (1412هـ/ 1991م) جـ 2 ص 40.

(3) الفروق جـ 4 ص 368.

(4) تبيين الحقائق جـ 1 ص 134.

وقد جاء فيه ذكر الأسباب التي يكون بها الترجيح دون ذكر للهجرة المكانية، وهذا نصه:" (والأحق بالإمامة) تقديمًا بل نصبًا مجمع الأنهر (الأعلم بأحكام الصلاة) فقط صحة وفسادًا، بشرط اجتنابه للفواحش الظاهرة وحفظه قدر فرض، وقيل واجب وقيل سنة (ثم الأحسن تلاوة) وتجويدا=

وعليه يأتي هذا السبب كمرجح بعد السببين السابقين، فإذا تساوى المؤهلون للإمامة في الفقه والقراءة فإنه يقدم من كان ذا ورع على غيره، وإذا تساووا يقدم الأورع.

وسند هذا السبب ما رواه الحاكم (ت:405هـ) من حديث مرثد بن أبي مرثد قال: قال رسول الله ﷺ: "إن سركم أن تقبل صلاتكم فليؤمكم خياركم فإنهم وفدكم فيما بينكم وبين ربكم".(1)

وذهب الشافعية إلى اعتبار الهجرة والورع سببين من أسباب الترجيح، غير أنهم اختلفوا في الترتيب بين هذين السببين، فجعل بعضهم الورع مقدمًا على الهجرة، وجعل البعض الآخر الهجرة مقدمة عليه، بل ذكر الإمام النووي رحمه الله تعالى وجهًا بتقديم الأورع على الأفقه والأقرأ، وعلل ذلك بأن مقصود الإمامة يحصل من الأورع أكثر من غيره.(2)

والهجرة كسبب من أسباب التقديم عند الشافعية محمولة، بعد فتح مكة المكرمة، على الهجرة من دار الحرب إلى دار الإسلام.

وعليه فمن كان أقدم هجرة من دار الحرب إلى الإسلام كان أولى ممن هاجر بعده.

=(للقراءة ثم الأورع) أي الأكثر اتقاء للشبهات والتقوى اتقاء المحرمات (ثم الأسن) أي الأقدم إسلامًا فيقدم شاب على شيخ أسلم، وقالوا: يقدم الأقدم ورعًا، وفي النهر عن الزاد: وعليه يقاس سائر الخصال فيقال: يقدم أقدمهم علمًا ونحوه، وحينئذ فقلما يحتاج للقرعة (ثم الأحسن خلقًا) بالضم: ألفة بالناس (ثم الأحسن وجهًا) أي أكثرهم تهجدًا زاد في الزاد".

(1) المستدرك على الصحيحين، للإمام: أبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، كتاب معرفة الصحابة، باب ذكر مناقب مرثد بن أبي مرثد الغنوي، حديث رقم 4981 جـ 3 ص 246، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1411هـ/ 1990م) تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا.

(2) شرح النووي على مسلم جـ 5 ص 173.

46- ج- التقديم بالسن:

إذا استوى المؤهلون للإمامة فيما سبق، حسب اتجاه كل مذهب فقهي، فإنه يقدم الأكبر سناً، والمقصود به كبر سنه في الإسلام، بدليل ما جاء في رواية الإمام مسلم من حديث أبي مسعود السابق ذكره، وفيها:" فأقدمهم سلمًا"، ثم قال:" قال الأشج في روايته: مكان سلمًا سناً".[1]

وعلى هذا فمن كان أقدم سناً في الإسلام يقدم على غيره ممن هوَ أقرب منه فيه، فيقدم شاب على شيخ أسلم بعده.[2]

وهذا راجع إلى أن كبر السن على هذا النحو، وبانضمام الصفات السابقة إليه، يحمل ضمن مضامينه كثرة الطاعة من صاحبه وخشيته لربه عز وجل، وهو ما يؤدي إلى كثرة الاقتداء به وقبوله لدى الناس.[3]

47- الأقرب مقدم على الأبعد:

هذا الضابط يطبق في مجال الأحوال الشخصية، ويعمل في: المواريث، وفي الحضانة، وفي الولاية في عقد النكاح.

ونبين حكم التزاحم في هذه المواضع:

48- أولاً: التقديم بالأشخاص في المواريث: تزاحم الورثة:

إذا توفي الإنسان وترك مالًا اتسع لأداء ما تعلق به من حقوق حتى بقي للورثة حقهم، فإنه يثور البحث عن مدى وجود التزاحم بين الورثة على المال الموروث.

---

(1) صحيح مسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب من أحق بالإمامة، حديث رقم 673 جـ1 ص 465.

(2) تبيين الحقائق جـ 1 ص 134.

(3) تبيين الحقائق جـ 1 ص 134.

فبداية نقول: إن حق الإرث يثبت بوجود سببه وشـرطه لجملـة مـن الأشخاص يرثون بأوصاف مختلفة، فمنهم من يرث بالفرض[1]، ومنهم من يرث بالتعصيب، ومنهم من يرث بغير هذين الوصفين، فيـرث باعتبـاره مـن ذوي الأرحام، على القول الذي استقر عليه الفقه الإسلامي.[2]

ومع ثبوت الإرث لكل قريب على هذا النحو إلا أن الورثة ليسوا جميعًـا في مرتبة واحدة في استحقاقهم للتركة بل بعضهم مقدم علـى بعـض، ونكتفـي بترتيب قانون الأحوال الشخصية رقم 77 لسنة 1943، وقد رتبهم كما يلي:[3]

---

(1) صاحب الفرض: كل من كان له سهم مقدر في كتاب الله تعالى في سنة رسوله ﷺ أو أجمع عليه العلماء، كالأم والأب والجد والجدة والبنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت لأب والأخ لأم والأخت لأم والزوج والزوجة. والعاصب: كل ذكر لم يفصل بينه وبين الميت أنثى وحدها، والعصبة أربع جهات: البنوة والأبوة والأخوة والعمومة. وذوو الرحم: كل قريب للميت ليس من العصبات ولا من ذوي الفروض، كالعمة والخالة والخال وابن الأخت، وبنت الأخت وغيرهم.

(2) اختلف الفقهاء في ميراث ذوي الأرحام على قولين: فقال بتوريثهم جماعة من صحابة رسول الله ﷺ، منهم عمر بن الخطاب وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس، وهو قول الحنفية والحنابلة والإباضية. وذهب متقدموا المالكية والشافعية إلى عدم توريثهم، غير أن فتوى المتأخرين من المذهبين على توريثهم، وعليه يكون الفقه الإسلامي قد استقر على توريث ذوي الأرحام.

يراجع في ذلك: المبسوط جـ 30 ص 2؛ المغني جـ 6 ص 206؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ4 ص 468؛ مغني المحتاج جـ 3 ص 6، 7؛ كشف الغوامض ص 57 وما بعدها.

(3) وأما ترتيب جمهور الفقهاء فهو على النحو الآتي: أصحاب الفروض: فيقدمون على من سـواهم من الورثة ولو أدى ذلك إلى استغراق فروضهم كل التركة. العصبات النسبية: ويـأتون بعـد أصحاب الفروض في الترتيب، ويأخذون ما بقي بعدهم، وإذا لم يوجد صاحب فرض استحقوا كل التركة. وهذا ثابت بما رواه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبـي ﷺ قـال: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر". [صحيح البخاري، كتاب الفـرائض، بـاب ميراث الولد من ابيه وأمه، حديث رقم 6351 جـ 6 ص 2476]. العصبات السببية: والتعـصيب بالسبب قرابة حكمية سببها العتق، يكون فيها المعتق عصبة للمعتَق، ذكرًا كان المعتِـق أو أنثـى، وإذا لم يوجد العاصب بالسبب، أي المعتق، فإن عصبته المتعصبون بأنفسهم يستحقون التركة على حسب ترتيبهم، كما يأتي في ترتيب العصبات.الرد على أصحاب الفروض عدا الـزوجين، وهـذا مقيد بأن لا يوجد أحد من العصبة، إذ لو وجد لاستحق الباقي الـذي رد علـيهم. ذوو الأرحـام، ويأتون في الترتيب بعد أصحاب الفروض والعصبات، إلا أحد الزوجين فيأخذون معه ما بقي بعد= فرضه. مولى المولاة عند الحنفية. المقر له بنسب على الغير. الموصى له بما زاد علـى الثلـث. بيت المال.

=

- أصحاب الفروض.
- العصبات النسبية.
- الرد على أصحاب الفروض النسبية، أي ما عدا الزوجين.
- ذوو الأرحام.
- مولى العتاقة.
- العصبات النسبية لمولى العتاقة.
- المقر له بنسب على الغير.
- الموصى بالزائد على الثلث.
- الخزانة العامة.

وعلى هذا الأساس فإذا وجد واحد فقط من أي مرتبة من هذه المراتب فإنه يستحق التركة.

– أما إذا اجتمع أكثر من وارث في مسألة واحدة وكانوا من مراتب مختلفة فيراعي الترتيب السابق ويقدم من كان في المرتبة الأولى على من بعده، وهكذا، وعليه يقدم من كان أصحاب الفروض على من كان من العصبات، وبطبيعة الحال لا إرث لمن بعدهم في كل المراتب إلا عند عدم وجود واحد منهم، إلا في حال وجود أحد الزوجين فقط فإن من كان من ذوي الأرحام يرث

=وعليه فقد خالف القانون ترتيب جمهور الفقهاء في بعض الحالات واتفق معه في بعض الحالات الأخرى، فبينما أبقى على المرتبتين الأوليين: مرتبة أصحاب الفروض ومرتبة العصبات كما قال الفقهاء، إلا أنه أخر العصبة السببية بكمالها إلى ما بعد ذوي الأرحام، ثم إنه أثبت مرتبة جديدة وهي الرد على أحد الزوجين، مستندًا في ذلك إلى قول بعض صحابة رسول الله □، ومنهم سيدنا عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما. وأخيرًا فقد حذف مولى الموالاة أخذًا بقول جمهور الفقهاء.

معه، إذ الرد على أحد الزوجين مؤخر إلى ما بعد ذوي الأرحام وفق اتجاه القانون، وجمهور الفقهاء لا يرون الرد على الموجود منهما في التركة.

- وإذا وجد ورثة من أصحاب الفروض فقط في المسألة وليس أحـــدهم محجوبًا بشخص آخر فإن كل منهم يستحق نصيبه المفروض له في التركـــة إذا اتسعت لفروضهم جميعًا، أما إذا ضاقت عن فروضهم فإنهم يتزاحمون ويستحق كل منهم فرضه المقدر له منقوصًا منه قدر حصته، وتعول المسألة علـــى قـــول جمهور الفقهاء والصحابة.

ومثال ذلك أن تموت عن: زوج وأختين، فإن للزوج النصف، وللأختين الثلثين.

فيكون أصل المسألة ستة سهام، وهي لا تفي بـــالفروض المقـــدرة إلا بالقول بالعول، إذ لو بدأنا بالزوج فلا يبقى ما يفي حق الأختين، وكذا لو بـــدأنا بالأختين لا يبقى ما يفي بحق الزوج، ولا يوجد مرجح يرجح بعض أصـــحاب الفروض على بعض، إذ كلهم تساووا في وصف الإرث، وعليـــه فإنـــه يـــدخل النقص على جميع الورثة كل بقدر نصيبه، وتكون الوسيلة إلى ذلك بقسم التركة على مجموع السهام الناتجة عن قسم أصل المسألة علـــى مخـــارج أصـــحاب الفروض.

وذهب سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما إلى القول بعـــدم عـــول فـــي الفرائض، نظرًا لوجود المرجح الذي يرجح تقديم بعض الورثة علـــى بعـــض، ولهذا قال:" وأيم الله لو قدم[1] مَن قدمه الله وأخر من أخر الله ما عالت فريـــضه

(1) يقصد بذلك سيدنا عمر بن الخطاب، فهو أول من قال بالعول في المسائل بعد استشار صحابة رسول الله ﷺ، وقال سيدنا عبدالله بن عباس رضي الله عنهما ذلك بعد وفاة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقيل له لم لم تظهر الخلاف في زمن عمر؟ قال: كان رجلًا مهيبًا فهبته، وحمل الفقهاء عدم إظهار الخلاف على عدم انقداح الدليل عند ابن عباس رضي الله عنهما في وقت عمر رضي الله عنه، فما ظهر له وجه الدليل، وكان ذلك بعد وفاة عمر، قال بالعول.
يراجع في ذلك: المبسوط جـــ 29 ص 161؛ بداية المجتهد جـــ 2 ص 261؛ كشف الغوامض 96.

قط، فقيل له: من قدمه الله ومن أخره؟ فقال: من نقله الله من فرض مقدر إلى فرض مقدر فهو الذي قدمه الله، ومن نقله من فرض مقدر إلى غير فرض فهو الذي أخره الله تعالى.(1)

وقول سيدنا عبدالله بن عباس مبني على أن بعض الفرائض أقوى من بعض؛ إذ إن بعضها لا يقبل السقوط بحال والبعض الآخر يقبله، فيكون ما لا يقبل السقوط أقوى مما يقبله.(2)

وفي بعض الحالات قد يتعدد صاحب الفرض في الفرض الواحد ومن ثم فإن هذا الفرض يقسم بين الورثة الموجودين بالتساوي، نظرًا لاستواء الجميع في الوصف الذي وجب به الإرث، ويستوي أن يكون الفرض المقدر في حال عول المسألة أو في حال الرد على أصحاب الفرض هذا، أو في حال كون المسألة عادلة(3)، وذلك كما لو مات عن زوجة وخمس بنات وأم.

---

(1) المبسوط جـ 29 ص 161؛ بداية المجتهد جـ 2 ص 261.

(2) المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، ط: دار الفكر العربي القاهرة، رقم 139 ص 178.

وهذا الضابط الذي وضعه سيدنا عبدالله بن عباس لا يجعل فريضة تعول قط، لولا أن بعض المسائل لا يستقيم على مذهبه عمومًا، فإن من مذهبه عدم القول بالعول، ومن مذهبه عدم حجب الأم إلا بجمع حقيقي، أي ثلاثة فأكثر من الأخوة، ولا تحجب باثنين من الأخوة، وبناء على هذا فإن بعض المسائل تلزم ابن عباس رضي الله عنهما بمخالفة مذهبه، فإما أن يقول بالعول، وإما أن يقول بالحجب بالجمع المجازي.

ومثال ذلك: أن تموت عن: زوج وأم وأخوين لأم، فلو أعطيت الثلث على قوله بعدم حجبها إلا بثلاثة فأكثر من الأخوة لأدى ذلك إلى عول المسألة، وهو خلاف قوله، ولو حجبت إلى السدس لوجود الأخوين لم تعل غير أنه خلاف مذهبه في الحجب، فهو ملزم بالعمل بخلاف ما ذهب إليه في الحالين، ولهذا أطلقوا عليها مسألة الإلزام.

يراجع في ذلك: المبسوط جـ 29 ص 161 وما بعدها.

(3) المسألة العائلة هي التي زاد فيها مجموع السهام عن أصل المسألة. والعادلة هي التي تساوى فيها مجموع السهام مع أصلها. والتي فيها رد، وتسمى القاصرة، هي التي نقص فيها مجموع السهام عن أصل المسألة.

وفي بعض الحالات قد يكون الوارث وارثًا عند بعض الفقهاء وعند بعضهم ممنوعًا من الإرث بالفرض، كما لو مات عن زوجة وبنتين وجدة هي أم أب أب وجدة أخرى هي أم أم أم فلا أرث للجدة الأبوية عند المالكية[1]، والحنابلة[2]، وترث عند الحنفية[3]، والشافعية في الصحيح[4]، وهو قول الإباضية.[5]

وعلى هذا القول الأخير فإن الجدتين تقتسما السدس نصفين، بل السدس بين الجدات بالسوية عند تعددهن عند أصحاب هذا القول.

والأمر نفسه في اجتماع الأخوة الأشـقاء أو لأب مـع الجـد، فـذهب الحنفية[6]، والإباضية[7]، إلى حجبهم به، فهو عندهم كالأب، وذهب الجمهـور: المالكية، والشافعية في الصحيح، والحنابلة[8] إلى توريثهم معه، وإن اختلفوا فـي كيفية التوريث.[9]

- وإذا وجد أكثر من وارث من العصبات فقد كان منهج الفقهاء تقـسيم العصبات إلى جهات ودرجات، وبناء عليه يعالج التزاحم الحاصل بين الورثة.

وهذه الجهات هي: جهة الأبوة، وجهة الأبوة، وجهة الأخوة، وجهة العمومة، وجهة عمومة الأب وإن علا. وكل جهة منها مقدمة على التي بعدها،

---

(1) حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 4 ص 462.
(2) المغني جـ 6 ص 208.
(3) المبسوط جـ 29 ص 165.
(4) مغني المحتاج جـ 3 ص 12، 13.
(5) كشف الغوامض ص 29.
(6) المبسوط جـ 29 ص 179 وما بعدها.
(7) كشف الغوامض ص 29.
(8) مواهب الجليل جـ 6 ص 20؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 4 ص؛ مغني المحتاج جـ 3 ص 21؛ المغني جـ 6 ص 195.
(9) يراجع في هذا الخلاف المراجع السابقة؛ المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، رقم 122 ص 158.

بمعنى أن الترتيب السابق واجب المراعاة، وهذا باتفاق الفقهاء وبيان ذلك فيما يأتي:

إذا تعدد العاصب فإننا ننظر في حال هؤلاء العصبات الموجودين في المسألة وما إذا كانوا من جهات مختلفة أو من جهة واحدة.

أ- فإذا كانوا من جهات مختلفة فإن من كان من جهة البنوة يقدم على من كان من جهة الأبوة والأخوة والعمومة ومن كان من جهة الأبوة يقدم على من كان من جهة بعدها أي أننا نراعي الترتيب المذكور سابقا في جهات التعصيب.

ب- أما إذا كانوا من جهة واحدة كجهة البنوة أو الأبوة أو الأخوة أو العمومة فالترجيح يكون بقرب الدرجة في داخل الجهة، فمن كان أقرب درجة يقدم على من كان أبعد درجة.

ج- وإذا كانوا من جهة واحدة وفي درجة واحدة، أي اتحدوا في الجهة وفي درجة القرابة، فإن الترجيح يكون بقوة القرابة، فيقدم الشقيق على الذي لأب، وهذا المرجح غير متصور إلا في جهتي الأخوة والعمومة، نظراً لأن الإدلاء فيها إلى الميت إما بالأب والأم، أو بالأب فقط، أما في درجة البنوة والأبوة فلا يتصور ذلك بل الترجيح يكون فيها فقط بدرجة القرابة.

د- وإذا اتحدوا في الجهة والدرجة وقوة القرابة ورثوا جميعًا وتقسم التركة بينهم بالتساوي على عدد رؤوسهم، أو يقسم الباقي بعد أصحاب الفروض إن وجد صاحب فرض وفقًا لهذا الأساس- أي المساواة بينهم، وذلك لعدم المرجح الذي يرجح بعضهم على بعض.

- وإذا وجد أكثر من وارث من ذوي الأرحام ولم يكن هناك حاجب لهم من أصحاب الفروض أو العصبات، فقد اختلف الفقهاء فيمن يقدم تبعًا لاختلافهم في طريقة توريث ذوي الأرحام، وكانت هناك ثلاثة طرق: [1]

<u>الطريقة الأولى: طريقة أهل الرحم</u>: ويرى القائلون بهـا أن أصـحاب الرحم متساوون في سبب الاستحقاق وهو الرحم، ومن ثم فيتساوون في الإرث، ولا فرق بينهم في ذلك، فالذكر يتساوى مع الأنثى والأقرب يتساوى مع الأبعـد، وعليه فالتركة تقسم بينهم بالتساوي. وعلى هذه الطريقة يكون الضابط الـسابق، وهو أن الأقرب مقدم على الأبعد غير معمول به هنا، والذي منع منه هو النظر إلى سبب الاستحقاق، فلما كان متحققًا في الجميع أهمل أي وصف آخر.

<u>الطريقة الثانية: طريقة أهل التنزيل</u>: وتعتمد هذه الطريقة على تنزيل الموجود من ذوي الرحم منزلة المدلى به إلى الميت، سواء كان المدلى به من أصحاب الفروض أو العصبات، فكل ذي رحم ينزل منزلة من أدلى به، وذلك كما لو مات عن: بنت بنت وبنت أخت شقيقة، فإن لبنت البنت النصف تنزيلًا لها منزلة البنت، والباقي تأخذه بنت الأخت الشقيقة، تنزيلًا لها منزلة الأخت الشقيقة، فكأن الورثة في المسألة هم: بنت وأخت شقيقة.

وقال بهذه الطريقة الحنابلة ومتأخرو المالكية والشافعية[2]، وقول عند الإباضية.[3]

---

(1) يراجع في هذه الطرق: المبسوط جـ30 ص4 وما بعدها؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ4 ص468؛ مغني المحتاج جـ 3 ص 8 وما بعدها؛ المغني جـ 6 ص 206.

(2) حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ4 ص468؛ مغني المحتاج جـ3 ص8، 9؛ المغني جـ6 ص206.

(3) كشف الغوامض ص 59، 60.

وهناك قول ثالث في الفقه الإباضي ذهب إلى أنه إذا اختلفت الدرجات فالقول بالقرابة، وان اتحدت فالمعتمد التنزيل، وذكر الشيخ الراشدي في كشف الغوامض ص 60 أن هذا القول قال به الشيخ خميس الشقصي في منهج الطالبين.

ويمكن أن يستدل لهم بأن سبب الاستحقاق لا يثبت بالرأي، ولا يوجد نص من كتاب أو سنة أو إجماع يبين كيفية توزيع التركة، ومن ثم فلا مناص من إقامة المدلى مقام المدلي به في الاستحقاق،فيثبت له، أي للمدلى، بالسبب الذي ثبت به للمدلي به.[1]

وبناء على هذه الطريقة فإن التقديم يتبع ما سبق ذكره في توريث أصحاب الفروض والعصبات، وعليه فلا حاجة إلى تكراره مرة أخرى.

الطريقة الثالثة: طريقة أهل القرابة: تعتمد هذه الطريقة على تقديم الأقرب فالأقرب من ذوي الأرحام، وقال بهذه الطريقة: الحنفية[2]، والقاضي من الشافعية[3]، وقول أكثر فقهاء الإباضية[4]، وهو ما عليه قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 77 لسنة 1943، إذ نص على ميراث ذوي الأرحام وطريقة توريثهم في الباب الخامس في المواد 13 إلى 38 وكان معتمدًا عليها.

ومستند هذه الطريقة جملة من الآثار قال بها صحابة رسول الله ﷺ، منها ما ذكره السرخسي عن الشعبي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال:" ابن الابن أولى أولى من ابنة الأخت"[5]، وبنت البنت من الفروع فتكون أولى بالإرث من الحواشي. هذا فضلًا عن أن استحقاق ذوي الرحم فيه اعتبار معنى التعصيب، لأنهم يرثون دون فرض مقدر، وهو، أي اعتبار معنى التعصيب، يوجب تقديم الأقرب فالأقرب، وتقديم الأقوى قرابة على من سواه.[6]

---

(1) المبسوط جـ 30 ص 5.
(2) المبسوط جـ 30 ص 4.
(3) مغني المحتاج جـ 3 ص 10.
(4) التسهيل في الفرائض، للعلامة: أحمد بن عبدالله بن موسى الكندي، مخطوط، ورقة رقم 6؛ كشف الغوامض ص 59، 60.
(5) المبسوط جـ 30 ص 4، 5.
(6) المبسوط جـ 30 ص 4، 5.

وأساس هذه الطريقة تقديم الأقوى والأقرب على من سواه، مما يجعل هذه الطريقة متوافقة في التطبيق مع الضابط سابق الذكر.

ونتبع ما جرى عليه قانون الأحوال الشخصية في هذا الصدد، إذ هو واجب التطبيق في رفع التزاحم، وقد جعل القانون، في المادة (31)، أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض وفق الترتيب الآتي:

- الصنف الأول: أولا البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزل.
- الصنف الثاني: الجد غير الصحيح وإن علا، والجدة غير الصحيحة وإن علت.
- الصنف الثالث: أبناء الأخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا، وأولاد الأخوات لأبوين أو لأحدهما وإن نزلوا، وبنات الأخوة لأبوين أو لأحدهما، وأولادهن وإن نزلوا،، وبنات أبناء الأخوة لأبوين أو لأب وإن نزلوا، وأولادهن وإن نزلوا.
- الصنف الرابع: يشمل طوائف ست مقدم بعضها على بعض، وهذه الطوائف هي:
- الأولي: أعمام الميت لأمه وعماته، وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما.
- الثانية: أولاد من ذكروا في الطائفة السابقة وإن نزلوا، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وأولاد من ذكرن وإن نزلوا.
- الثالثة: أعمام أبي الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما، وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها، لأبوين أو لأحدهما.
- الرابعة: أولاد من ذكروا في الطائفة السابقة وإن نزلوا، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وأولاد من ذكرن وإن نزلوا.

- الخامسة: أعمام أبي الميت لأم، وأعمام أبي أم الميت وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما.

- السادسة: أولاد من ذكروا في الطائفة السابقة وإن نزلوا، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وأولاد من ذكرن وإن نزلوا، وهكذا.

ويمكن إجمال القواعد التي تحكم توريث الطوائف السابقة فيما يأتي:(1)

- إذا تعدد الورثة فإن كانوا من أصناف مختلفة كان المقدم منهم من كان من الصنف الأول ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع، ولا ينتقل من صنف إلا إذا انعدم الورثة من الصنف الذي قبله، ويراعي في هذا الترتيب المذكور في طوائف الصنف الرابع.

- إذا تعدد الورثة واتحدوا في الصنف يكون التقديم بقرب الدرجة، وإذا تساووا في درجة القرابة كان التقديم بالإدلاء، فمن أدلى بوارث أولى ممن أدلى بغير وارث، وإذا تساووا في ذلك كان التقديم بقوة القرابة، فمن كان لأبوين يقدم

(1) يراجع في تفصيل القواعد والأسس العامة في توريث طوائف ذوي الأرحام وفق ما جاء في قانون الأحوال الشخصية: المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، رقم 158 وما بعده ص 209 وما بعدها؛ الدكتور نصر فريد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط: المكتبة التوفيقية، القاهرة ص 205، 206؛ الدكتورة مريم أحمد الداغستاني، المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة والعمل عليه في المحاكم المصرية (1422هـ/ 2001م) ص 82 وما بعدها؛ الدكتور عبدالمجيد محمود مطلوب، أحكام الميراث والوصية والوقف في الشريعة الإسلامية (1412هـ) ص 225 وما بعدها؛ الدكتور يوسف محمود قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي (1996م) رقم 316 ص 272 وما بعدها؛ الدكتور جودة عبدالغني بسيوني، الميراث والوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة (1431هـ/2010م) ص 186 وما بعدها ؛ الدكتور حمدي عبدالمنعم شلبي، الرائد في علم الفرائض (1989م) ص 140 وما بعدها.

على من كان لأب، وإذا تساووا في ذلك كله واختلفوا في حيز القرابة يكون لقرابة الأب الثلثان ولقرابة الأم الثلث.

- وإذا تعددوا وتساووا في كل ما تقدم يكون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، أو يكون بينهم بالتساوي عند اتحادهم في الذكورة أو الأنوثة.

49- ثانيًا: التقديم بالأشخاص في الحضانة:

تقوم الحضانة في ثبوتها للحاضن على صفات شخصية قائمة به، من شأنها أن تؤدي إلى أهلية المستحق للحضانة بالقيام على شؤون المحضون الذي لا يستقل بنفسه في هذه المرحلة العمرية من حياته وتربيته تربية صالحة.

وهذه الصفات تتمثل في البلوغ والعقل والإسلام والأمانة والقدرة على قيام بشؤون المحضون، وهذه صفات مشتركة بين الرجل والمرأة، فتلزم في الحاضن منهما. وهناك صفات خاصة بالمرأة إذا كانت حاضنة، وهي: أن تكون محرمًا للمحضون، وليست متزوجة بغير قريب للمحضون، فإن كانت متزوجة ممن هو قريب ومستحق للحضانة فلا تسقط حضانتها، كأن تزوجت من عم المحضون[1]، وكذلك إذا لم يقبل غيرها فلا تسقط حضنتها ولو كانت متزوجة بأجنبي عند المالكية.[2] كما أن هناك صفات خاصة بالرجل إذا كان حاضنًا، وهي: أن يكون عاصبًا، وان يكون عنده من يصلح للقيام بالمحضون من النساء كزوجة أو أخت أو غير ذلك، وأن يكون محرمًا للمحضون إذا كان أنثى.[3]

---

(1) حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 2 ص 530.

(2) حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 2 ص 530.

(3) يراجع في تفصيل ذلك: أستاذنا الدكتور نصر فريد واصل، الولايات الخاصة الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، ط: دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى (1422هـ/ 2002م) ص 79 وما بعدها.

وعلى الرغم من وجود الخلاف بين الفقهاء في بعض هذه الصفات في الحاضن، إلا أنه إذا اجتمعت كلها في شخص كان أهلًا للحضانة باتفاق الفقهاء.

ولا إشكال فيما لو تصالح المستحقون للحضانة على أن يكون المحضون عند واحد منهم وكان مستوفيًا لشروط الحضانة السابق ذكرها ولم يكن هناك إضرار بالمحضون، وهذا راجع إلى أن الحاضنين لهم حق في الحضانة، وتنازلهم عنه جائز طالما لم يكن مضرًا بالمحضون وفقًا لقول كثير من الفقهاء.(1)

---

(1) اختلف الفقهاء فيمن له الحق في الحضانة ، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب إلى أنها حق للحاضن، ومن ثم لا يجبر عليه إذا امتنع. وقال بهذا القول المالكية في المشهور، والشافعية، والحنابلة، وهو قول عند الإباضية. ومستند هذا القول ما رواه أبو داود من حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده: أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي". [سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، حديث رقم 2276 جـ 2 ص 2274].فقد أثبت للأم أحقية الحضانة، فيكون حقًا لها.

القول الثاني: ذهب إلى أن الحضانة حق للمحضون، وعليه فإن الحاضن يجبر عليها إذا امتنع، وقال به بعض من فقهاء الحنفية المالكية والحنابلة والإباضية. وسند هذا القول أن المقصود من الحضانة هو صيانة المحضون والقيام بشأنه كله ومصالحه، ومما يؤيد هذا أن الحاضنة لو تزوجت فإنه يؤخذ منها، كما سبق في الحديث السابق من قوله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي" وأخذه منها دليل على أن الحق له، وإلا لو كان الحق لها على الدوام، بصرف النظر عن مصلحة المحضون، لما أخذ منها.

القول الثالث: ذهب إلى أن الحضانة حق ثابت لهما معًا، وقال به بعض فقهاء الإباضية، وهو الظاهر من عبارة ابن عابدين، فقد قال:" قلت ويؤخذ من هذا التوفيق بين القولين، وذلك أن ما في المحيط يدل على أن لكل من الحاضنة والمحضون حقًا في الحضانة، ومثله ما قدمناه عن المفتي أبي السعود، فقول من قال إنها حق الحاضنة فلا تجبر محمول على ما إذا لم تتعين لها، واقتصر على أنها حقها لأن المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها، ومن قال إنها حق المحضون فتجبر محمول على ما إذا تعينت، واقتصر على أنها حقه لعدم من يحضنه غيرها".

يراجع في ذلك: حاشية ابن عابدين جـ3 ص559، 560؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ2 ص530؛ مغني المحتاج جـ3 ص456؛ كشاف القناع جـ5 ص496؛ المغني جـ8 ص190، 191؛ غاية المأمول في علم الفروع والأصول، للعلامة: محمد بن شامس البطاشي، ط: وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان (1405هـ/ 1985م) جـ 4 ص 270؛ الدكتور نصر فريد واصل، المرجع السابق ص 57 وما بعدها.

غير أنه يثور البحث في حال تزاحمهم وتنازعهم على حضانة المحضون، فمن يقدم منهم، ومن يؤخر؟.

نفرق هنا بين حالتين:

الأولى: حال تفاوتهم في الرتبة.

الثانية: حال تساويهم فيها.

ففي الحالة الأولى إذا ما تفاوتوا في الرتبة، فلا ريب أن الأقرب منهم يقدم على الأبعد، كما هو الضابط في هذا الصدد، والذي سبق ذكره في التقديم بالأشخاص، غير أن الفقهاء يختلفون في ترتيب الحاضنين ومن ثم يختلف في أيهم هو الأقرب إلى المحضون.

والترتيب للحاضنين عند الفقهاء لا يقوم على قاعدة الميراث، كما هو الحال في ولاية النكاح، بل يقوم على النظر لمصلحة المحضون، ولهذا فإن النساء في الحضانة أكثر حظًّا من الرجال، لأنهن أقدر في القيام على شؤون المحضون منهم، وهذا واضح من قول سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه لسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما فارق زوجته أم عاصم وتنازعا في حضانة ولدهما، فقد قال له:" هي أعطف وألطف وأرحم وأرأف، وهي أحق بولدها ما لم تزوج"[1]، بل إن الحضانة عندما تثبت للرجل فإنه يشترط عند بعض الفقهاء أن يكون عنده من يقوم على شأن المحضون من النساء.[2]

=ونرى أن الحضانة حق للحاضن لثبوت ذلك بالسنة، غير أن هذا الحق مشوب بالتكليف مراعاة لمصلحة المحضون، وهذا التكليف هو من باب التكليف الكفائي الذي إذا قام به البعض سقط عن الباقين، وإذا قصر فيه الجميع أثموا، وعليه فينظر إن كان في التنازل عن هذا الحق من قبل بعض الحاضنين ما يضر بالمحضون فإن التكليف يتأكد في حمل هذا الحاضن على الحضانة، أما إذا لم يترتب على التنازل ضرر فإن الحق للحاضن يبرز، والتكليف حاصل في كل حال.

ويراجع أيضًا: الدكتورة شادية أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 688، 689.

(1) مصنف عبدالرزاق، للإمام أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ط: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية (1403هـ) تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، رقم 12600 جـ7 ص154.

(2) يراجع في ذلك: الدكتور نصر فريد واصل، المرجع السابق ص 71، 72.

وقد اتفق الفقهاء على أن الأم مقدمة على غيرها، وكذا اتفقوا على أنه لو وجد حاضن وحده ولم يزاحمه أحد، أنه أحق بالحضانة.

واختلفوا فيما لو تعدد المستحق للحضانة مع تفاوتهم في الرتبة، وكان كل مذهب فقهي يتبنى ترتيبًا معينًا للحاضنين، ومن ثم فإن التقديم يكون لمن هو أقرب إلى المحضون وفق كل اتجاه فقهي.

لكن لما كان قانون الأحوال الشخصية المصري يسير وفق مذهب الحنفية، وذلك إما بأخذ الحكم مما عليه فقهاؤه وتضمين النص القانوني ذلك، وإما بالرجوع إلى الراجح في المذهب عند سكوت نصوصه عن الحكم(1)، فإنه يحسن أن نورد المستحقين للحضانة على حسب ترتيبهم في هذا القانون ونقتصر عليه في هذا الصدد.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 في المادة 20 والمعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على ترتيب المستحقين في الحضانة عند تزاحمهم، فنص على أنه: "يثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدمًا فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبرًا فيه الاقتراب من الجهتين، على الترتيب التالي: الأم فأم الأم وإن علت، فالأخوات الشقيقات،

---

(1) المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. وينظر المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط: دار الفكر العربي، القاهرة، رقم 9 ص 13 وما بعدها.

والملاحظ أن الحنفية جعلوا الحضانة لذوات الرحم المحرم من النساء في الأصل والأساس، وإلا فإذا لم يوجد أحد منهن انتقلت إلى العصبات، وهذا راجع إلى قدرة النساء على رعاية المحضون، فضلًا عن وفور الشفقة عند هؤلاء عليه، أي المحضون. قال الكاساني رحمه الله تعالى معللًا ثبوتها لذوي الرحم المحرم:" لأن مبنى الحضانة على الشفقة، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة، ثم يتقدم فيها الأقرب فالأقرب" وبالإضافة إلى ذلك فإن القرابة المحرمية هي التي تناط بها الحقوق والواجبات في أكثر الأمور الشرعية.

يراجع في ذلك: بدائع الصنائع جـ 4 ص 41؛ الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق رقم 339 ص 406.

فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعامت الأب بالترتيب المذكور. فإن لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة. فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم، ثم العم ثم الخال ثم الشقيق، فالخال لأب فالخال لأم". (1)

ومما هو جدير بالذكر أن الترتيب السابق لا يعني إجبار الأقرب على الحضانة، بل يجوز له التنازل عنها، طالما أن ذلك لا يضر بمصلحة المحضون، إذ إن حق الحضانة على الراجح في المذهب الحنفي، كما ذكر الشيخ أبو زهرة (ت: 1974م)(2)، حق للحاضن والمحضون معًا.

---

(1) وترتيب المستحقين للحضانة عند الحنفية يكون على النحو الآتي: أولى الناس بالحضانة هي الأم، ثم أم الأم وإن بعدت، ثم أم الأب وإن بعدت، فهما وإن استويتا في القرب إلا أن من كانت من قبل الأم ترجح على من كانت من قبل الأب، لأنها أشفق، ثم الأخت الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب، ثم بناتهن على الترتيب السابق، ثم الخالة، ثم العمة، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات الأم، ثم عمات الأب، فإذا لم يوجد أحد ممن سبق انتقلت الحضانة إلى عصبات المحضون على الترتيب السابق ذكره في المواريث.

يراجع في ذلك: بدائع الصنائع جـ 4 ص 41 وما بعدها؛ حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 555 وما بعدها؛ تبيين الحقائق جـ 3 ص 46 وما بعدها، للدكتور نصر فريد واصل، المرجع السابق ص 63 وما بعدها.

(2) المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، رقم 345 ص 413.

وعليه يجوز للقاضي أن يجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم يكن غيرها مستوفيًا للشروط، لأن انتقال الحضانة عنها إلى غيرها يضر بالمحضون فيؤدي إلى الإخلال بحقه، وهو غير مقبول، وقد قضت محكمة القاهرة سنه 1956 بأن:" الفقه الحنفي الذي تتقيد المحكمة بالحكم وفقًا لأرجح الأقوال فيه، ما دام لم يوجد نص في اللائحة أو في قانون المحاكم الشرعية، لا يعرف دور الحضانة، وهي على أي حال لا يمكن أن تقوم مقام الأم، والأصلح للصغير، وهو مدار الحكم، أن تحضنه أمه ما دامت قادرة على ذلك، ولئن اقتدرت دور الحضانة أن تقدم للطفل أسباب الحياة المادية فهي غير قادرة على أن تعوضه عن عاطفة الأم، تلك العاطفة التي لا توجد في إنسان غير الأم، إذ مهما بلغت قسوتها وشذوذها فهي أرحم عليه من غيرها، وللولد حق طبيعي وقانوني في هذه العاطفة، ولا يملك أحد إسقاط حقه في هذا، ومن ثم لا يسقط حق الصغير على أمه".[1]

ويترتب على ترتيب الحاضنين على النحو السابق عند الحنفية لزوم مراعاة هذا الترتيب في الاستحقاق، بمعنى أن الحضانة لا تنقل من الأقرب إلى الأبعد إلا عند وجود مانع منها، أو مسقط يسقطها، أو التنازل عنها من الأقرب، هذا أولًا، وثانيًا: إذا وجد مانع يمنع من ثبوت الحضانة لواحد منهم، أو مسقط لها بعد ثبوتها، فإنها تنتقل إلى من يليه في الرتبة، وثالثًا: يعود الحق في الحضانة إذا زال المانع أو المسقط.[2]

الحالة الثانية: إذا تساوى المستحقون للحضانة في الرتبة فإن الأولى بها هو أكفأهم في القيام بشؤون المحضون، وإذا كان كذلك فإنه ينبغي إسناد تقدير

(1) حكم محكمة القاهرة الصادر في 16 أبريل سنة 1956م والمنشور بمجلة المحاماة السنة 37 ص 202. أشار إليه المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص 414 هامش (1).

(2) يراجع في ذلك: بدائع الصنائع جـ 4 ص 42؛ تبيين الحقائق جـ 3 ص 47؛ الدكتورة شادية أحمد كعكي، الرسالة السابقة ص 706.

الأكفأ إلى القضاء، ذلك أن عنصر الكفاءة من الأمور التي يختلف في شأنها، وتحتاج في تقدير سببها ومسببها إلى اجتهاد، وما كان كذلك فلابد فيه من اللجوء إلى القضاء[1]، وإنه وإن كانت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الصادر سنة 1929م ذهبت إلى أنه:" رأت الوزارة أن المصلحة داعية أن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع، فإن رأى مصلحتهما في بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير وإحدى عشرة سنة في الصغيرة، وإن رأى مصلحتهما في غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء"[2]، إذا كان كذلك فإن ترك هذه السلطة التقديرية للقاضي في تحديد من هو أولى بالحضانة عند استواء الحاضنين يكون من باب أولى، إذ إن السلطة التقديرية لما ثبتت مع إمكان استقلال المحضون بنفسه ومد المدة للحضانة وتحديد من يحضن فلأن تثبت مع عدم استقلاله بنفسه من باب أولى.

50- ثانيًا: التقديم بالأشخاص في عقد النكاح: تزاحم الأولياء:

تقوم قاعدة الولاية في عقد النكاح في كثير من أحكامها على ما هو ثابت في المواريث، وبصفة خاصة في ثبوت الولاية لأقارب المولى عليه، وترتيب الأولياء.

وقد اتفق الفقهاء على أن الولاية في عقد النكاح حق يثبت لكل قريب عاصب، ويختلفون في ثبوته لذوي الأرحام، وللوارث بالفرض من غير العصبات، على ثلاثة أقوال:

---

(1) الفروق، للإمام القرافي جـ 4 ص 166، 167.

(2) المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، رقم 346 ص 414، 415.

القول الأول: أن الولاية لا تثبت إلا للعصبات، وقال بذلك جمهور الفقهاء: جمهور الحنفية[1]، وهو قول الشافعية[2]، والمالكية[3]، والحنابلة في إحدى الروايتين[4]، والإباضية في قول.[5]

ويستدل لهم بما ذكره الكاساني، بما جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: "النكاح إلى العصبات". قال الكاساني:" فوض كل نكاح إلى كل عصبة، لأنه قابل الجنس بالجنس، أو بالجمع، فيقتضي مقابلة الفرد بالفرد".[6] وهذا يعني أن جنس النكاح ثابت للعصبات دون غيرهم، إذ متى ما ثبت لهم الجنس دون من عداهم لم يكن هناك ما يثبت لغيرهم، فما من شيء إلا وهو داخل في هذا الجنس.[7]

القول الثاني: يرى أن الولاية تثبت لكل قريب سواء كان عاصبًا أو من ذوي الأرحام.

وذهب إلى هذا القول: الإمام أبو حنيفة في المشهور عنه.[8]

واحتج لذلك بقوله تعالى:﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾.[9]

وأولوا الأرحام هم الأقارب على العموم، سواء كانوا من العصبات أو من ذوي الأرحام، وقد أثبتت الآية الولاية لهم، فشملت كل قريب.

---

(1) بدائع الصنائع جـ 2 ص 240.
(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ 2 ص 225.
(3) الحاوي الكبير جـ 9 ص 97.
(4) شرح النيل جـ 6 ص 115.
(5) سورة الأنفال، من الآية رقم 75.
(6) بدائع الصنائع جـ 2 ص 240.
(7) المرحوم الشيخ محمد محي الدين عبدالحميد، الأحوال الشخصية في الإسلام، ط: دار الكتاب العربي، بيروت (1407هـ/ 1984م) رقم 39 ص 78.
(8) بدائع الصنائع جـ 2 ص 240.
(9) سورة الأنفال، من الآية رقم 75.

القول الثالث: ذهب إلى أن الولايـــة تثبـــت لكـــل وارث بـــالفرض أو التعصيب.

وقال بهذا القول الإمام أحمد بن حنبل في رواية ثانية عنه.[1]

وفي كل الأحوال إذا وجد قريب واحد فهو أحق بالتزويج، أما إذا وجـــد أكثر من شخص مستحق للولاية، فينظر إن كانوا من العصبات وذوي الأرحام، فمن كان من العصابات مقدم على من كان من ذوي الرحم، وهذا عند القـــائلين بثبوت الولاية لذوي الرحم، أما عند القائلين بعدم ثبوتها لهم فلا يتصور تـــزاحم هنا، لأن المحل مشغول بحق واحد، وهو حق الولي العاصب.

أما إن كان الأولياء من العصبات فقط أو من ذوي الأرحام فقط عند من يثبت لهم الولاية، أو من ذوي الفروض فقط عند من يثبته لهم ذلك، فإن الأقرب من المولى عليه هو الذي يقدم على الأبعد قرابة منه، وفي كل هـــذه الأحـــوال فقواعد الترجيح لأحدهم على الآخر هي ما سبق في قواعد الترجيح في تـــزاحم الورثة، من حيث الجملة.

غير أن هناك بعض الفروق بين ترتيب الورثة وترتيب الأوليـــاء عنـــد الفقهاء، نجملها فيما يأتي:

- ذهب المالكية[2] والحنابلة[1] إلى أن جهة الأبوة مقدمة على جهة البنوة، وهذا راجع إلى أن مبنى الولاية على الشفقة والنظر للمولىٰ عليه، وهما ظـــاهران في الآباء أكثر من الأبناء. [2]

---

(1) المغني جـــ 7 ص 13.

(2) الفواكه الدواني جـــ 2 ص 29.

لكن يلاحظ أن المالكية يرون أن الترتيب الذي ذكروه بين الأولياء في التزويج هـــو علـــى ســـبيل الاستحباب إن لم يكن للولي مجبرًا، وعليه لو زوج البعيد مع وجود القريب فإن الـــزواج يكـــون=

- ذهب الحنفية إلى أن جهة البنوة مقدمة على جهة الأبوة جريًا على قواعد الميراث.

- ذهب أكثر الإباضية إلى أن جهة الأخوة مؤخرة على جهة البنوة، وقيل إن البنوة مقدمة على الأخوة.[3]

- ذهب الشافعية[4] والظاهرية[5] إلى إخراج جهة البنوة عن الولاية، فلم يثبتوا ولاية للأبناء.

غير أنه يلاحظ في كل ما سبق من ترتيب للأولياء، إنه إذا ثبتت الولاية لواحد منهم وكان له الحق في التزويج ثم عضل المولى عليها منه دون سبب شرعي، أو غاب غيبة يخشى معها فوات الكفء لو انتظر حضوره، فإن الولاية تنتقل على قول جمهور العلماء إلى القضاء، ولا تنتقل إلى الولي الأبعد لما رواه أبو داود من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قال: قال رسول الله ﷺ: "..... فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".[6]

فإذا تساوى الأولياء في الرتبة ولم يوجد مرجح مما سبق يرجح أحدهم على غيره، كأن كان للمرأة إخوة أشقاء، فإن حق التزويج يثبت لكل منهم على

=صحيحًا، وهذا ما نص عليه سيدي خليل في المختصر، فقد جاء في المختصر مع الشرح الكبير: "(وصح) بأبعد مع أقرب إن لم يجبر، وإلا فسخ".

يراجع مختصر خليل مع الشرح الكبير جـ 2 ص 226، 227.

وولاية الإجبار تثبت عند المالكية للأب ووصية فقط، ومن ثم فلا تزاحم معه في هذا الخصوص، ويتصور التزاحم في ولاية الاختيار التي تثبت لبقية الأولياء على الترتيب المذكور.

(1) كشاف القناع جـ 5 ص 50، 51.

(2) كشاف القناع جـ 5 ص 50.

(3) شرح النيل جـ 6 ص 104، 105.

(4) الحاوي الكبير جـ 9 ص 110.

(5) المحلى جـ 9 ص 451

(6) سنن أبي داود،، للإمام سليمان بن الأشعث السجستاني، ط: دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083 جـ 2 ص 229.

السواء، فأيهم زوج، متى أذنت المرأة له، صح زواجه، إذ سبب الولاية ثابت له كما هو ثابت لهم، وهذا في ولاية الاختيار التي يلزم فيها رضا المرأة، وفي ولاية الإجبار فإنه يصح أيضًا لكل واحد من أوليائها أن يزوجها، وهذا لا يتصور إلا على مذهب الحنفية الذين يقولون بثبوت ولاية الإجبار لكل الأولياء، أما على قول المالكية الذي يثبتونها للأب ووصيه فلا يتصور تعدد الأب حتى يتصور التزاحم، ويمكن تصوره في الوصي إذا أوصى لأكثر من واحد، ويقال هذا على مذهب الشافعية والحنابلة الذين يثبتون ولاية الإجبار للأب والجد فقط، فلا يتصور تعدد الجد في درجة واحدة فضلًا عن تعدد الأب.

هذا كله فيما لو لم يتنازع الأولياء على من يزوج، فإن تنازعوا فإنه يقرع بينهم لاستوائهم جميعا في السبب الموجب للولاية ولا مرجح، والقرعة سبيل للترجيح عند التساوي، قال الإمام السيوطي:"لا يقدم في التزاحم على الحقوق أحد إلا بمرجح وله أسباب:.... ثالثها: القرعة في مواضع كثيرة كازدحام الأولياء في النكاح.."[1]

غير أنه في ظل قانون الأحوال الشخصية المصري يبدو أن أحكام التزاحم بين الأولياء، وكذا غيبة الولي أو عضله، يكون تطبيقها من الصعوبة بمكان، ذلك أن القانون لا ينص على كون الولي ركنًا في عقد النكاح، بل يجيز أن تتولى المرأة العقد لنفسها أخذًا بمذهب الحنفية، وإذا أضفنا إلى ذلك أن القانون حدد سنًا للزواج، فهو للرجل ثمانية عشر عامًا وللمرأة ستة عشر عامًا، مما يجعل المرأة على الدوام لها الولاية على نفسها، إذ إنها بوصولها إلى هذه السن تكون في الأعم الأغلب قد صارت بالغة، ومن ثم إذا امتنع الولي أو غاب أو تشاجر الأولياء فإنه من ناحية الواقع القانوني يجوز للمرأة أن تعقد لنفسها.

---

(1) الأشباه والنظائر ص 340.

51- التقديم بصفة الزوجية:

يرتب عقد النكاح حقوقًا لكلا الزوجين على الآخر، وقد حرص الفقهاء على بيان هذه الحقوق بما يجعل كل طرف على بينة من الحق الثابت له، وقد يثور في بعض الحالات تزاحم الحقوق الناتجة عن العقد مع حقوق أخرى، وهو ما يستدعي البحث عن أي منها أرجح من الآخر فيقدم عليه.

ويتخذ التزاحم في هذا الصدد عدة صور نكتفي منها بصورتين تبرزان الضابط العام في تزاحم الحقوق الناتجة عن علاقة الزوجية مع غيرها، وتتمثل هاتان الصورتان في تزاحم حقوق كلا الزوجين مع حق الله تعالى المكلف به كل منهما. ونتكلم عنهما فيما يأتي:

الصورة الأولى: تزاحم حق الزوج مع حق الله تعالى في العبادات، سواء منها الفرض أو النفل.

لا ريب أن الحقوق التي للزوج على الزوجة تمثل واجبات عليها، إذ هي تكليفات من الشارع مرتبة على العقد، لقوله تعالى:﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[1]، فقد دلت على تقابل الحقوق والواجبات بين الزوجين بموجب عقد النكاح، قال القرطبي:" ولهن أي لهن من حقوق الزوجية على الرجال مثل ما للرجال عليهن".[2]

وإذا كانت حقوق الزوج على الزوجة هي واجبات عليها فيمكن أن تتعارض هذه الحقوق مع حقوق أخرى، والغالب أنها حقوق لله تعالى، وتمثل هذه الأخيرة تكليفات على الزوجة، فهل المقدم حقوق الزوج أو الحقوق التي لله تعالى؟.

---

(1) سورة البقرة، من الآية رقم 228.

(2) الجامع لأحكام القرآن جـ 3 ص 123.

الضابط في هذه الحالة هي رتبة الحق وقوته، ولما كان حق الزوج على الزوجة في رتبة الواجبات، وهو واجب التحصيل على الفور عند حصول سببه، فإنه ينظر إلى رتبة الحق الآخر، ولا يخلو هذا الحق من أن يكون واجبًا أو مندوبًا.

فإن كان مندوبًا فالمقدم هو حق الزوج لقوته، وهذا ثابت بما رواه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه"[1]، هذا في غير صيام رمضان، وكذا في غيره من الواجب، فيكون محمولًا على المندوب[2]، وإذا علق الصوم على إذن الزوج دل على أن حقه آكد، فإذا أرادت الزوجة صوم تطوع وزوجها حاضر فهنا حقان متزاحمان حق الله تعالى في التطوع، أو الصوم المندوب، وحق الزوج، وحق الزوج واجب فيقدم، إلا إذا تنازل عنه صامت المرأة من غير حرج.

وإن كان حق الله تعالى واجبًا على الزوجة كعبادة من العبادات المفروضة، فينظر إن كان الوجوب على الفور فيقدم حق الله تعالى، وإن كان على التراخي فيقدم حق الزوج، لأنه وإن استوى الحقان في رتبة الطلب إلا أن حق الزوج واجب على الفور، قال القرافي:" وكذلك يقدم حق الزوج على الحج الفرض إن قلنا إنه على التراخي لأن حق الزوج فوري".[3]

هذا كله من حيث الجملة، وإن كان لكثير من الفقهاء اتجاهات حتى فيما كان مندوبًا، فقالوا لا يجوز للزوج أن يمنع زوجته من القيام بهذه التكاليف

---

(1) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا تأذن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه، حديث رقم 4899 جـ 5 ص 1994.

(2) يراجع في ذلك: فتح الباري جـ 9 ص 296؛ مغني المحتاج جـ 1 ص 449.

(3) الفروق جـ2 ص333؛ وفي المعنى نفسه: حاشية ابن عابدين جـ2 ص465 وجـ3 ص 577؛

الشرعية[1]، خاصة فيما كان راتبًا منها وما كان مؤكدًا، وهذا النظر هو مما يتفق مع الخلق القويم، فضلًا عن التمسك الصحيح بالشرع الحنيف، فلا ريب أن الزوج مأمور شرعًا بمراعاة بيته والقيام عليه، بما يقضي أن يكون قدوة في التمسك بهذه السنن، آمرًا بها أهل بيته، لما رواه البخاري من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أنه ﷺ قال: "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، الإمام راع ومسئول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته".[2]

الصورة الثانية: تزاحم حق الزوجة مع حق الله تعالى في الفرض أو النفل.

إذا تزاحم حق الزوجة على زوجها مع حق آخر، فيفرق بين ما هو واجب وما هو مندوب، فإن كان مندوبًا فيقدم حق الزوجة، لأن حق الزوجة واجب والحق الآخر مندوب، والواجب أقوى من المندوب في الرتبة.

لكن قد يتزاحم حق الزوجة في الإنفاق عليها مع حقوق مالية واجبة عليه، ومن ذلك حق الزكاة في ماله، فإذا تزاحم حق النفقة لها مع الزكاة في مال الزوج فإن الزكاة تسقط[3]، لأن نفقة زوجته من حوائجه الأصلية، والزكاة لا تكون إلا عن ظهر غني، ولا تعد هذه الحالة ضمن حالات التزاحم الحقيقي، لأن الزكاة لم تجب أصلًا في المال حتى تزاحم حق النفقة، أي أن وجوب النفقة على الزوج منع من وجوب الزكاة، والمانع من ثبوت الحق لا يكون معه حق موجود يزاحم غيره، وقد سبق بيان ذلك في نطاق التزاحم.

---

(1) يراجع في ذلك: حاشية ابن عابدين جـ 2 ص 665؛ مغني المحتاج جـ 3 ص 189؛ كشاف القناع جـ 5 ص 188؛ فتح الباري جـ 9 ص 296 وما بعدها؛

(2) صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب قول الله تعالى ﴿وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾، حديث رقم 6719 ـ 6 ص 2611.

(3) تهذيب المدونة، للعلامة: أبي سعيد خلف بن أبي القاسم، ط: دار تحقيق التراث، دبي جـ 1 ص 157.

لكن في فريضة الحج، وهي الواجبات التي فيها جانب مالي إلى جانب التعبد، ذهب الإمام القرافي إلى أنه ينبغي النظر إلى فريضة الحج وهل هي واجبة على الفور أو على التراخي، فإن قلنا بوجوبها على التراخي قدم حق الزوجة في الإنفاق، وإن قلنا بوجوبها على الفور قدم على النفقة، وعلل ذلك بأن الزوجة صبرها بيدها.(1)

وفي هذا السياق يأتي البحث في حق الوالدين أو الأولاد في الإنفاق عليهم مع حق الزوجة، وبالنظر في كلا الحقين نجد أن كلًّا منهما واجب على الزوج، فأي منهما المقدم؟.

ومحل التزاحم هنا فيما لو كان ما عنده من مال لا يكفي إلا نفقة واحد من أصحاب الحقين، إما الزوجة في طرف أو الوالدين والأولاد في طرف آخر، أما إن اتسع المال للحقين جميعًا فيجب الوفاء بكل حق، وهذا تزاحم شكلي ظاهري، كما سبق ذكر ذلك في أقسام التزاحم.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب إلى أن حق الزوجة في النفقة هو المقدم، وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء: المالكية(2)، والشافعية(3)، والحنابلة.(4)

ومستندهم في ذلك أن نفقة الزوجة واجبة على الرجل على سبيل المعاوضة بموجب عقد النكاح، ونفقة أبويه واجبة عليه على سبيل المواساة، وما كان على سبيل المعاوضة مقدم على ما كان على سبيل المواساة.(5)

---

(1) الذخيرة جـ 3 ص 178.
(2) مواهب الجليل جـ 4ص 210، 211، والتاج والإكليل مع المواهب جـ 4 ص 192.
(3) الحاوي الكبير جـ 11 ص 422؛ شرح النووي على مسلم جـ 7 ص 82؛ المجموع شرح المهذب جـ 6 ص 98؛ روضة الطالبين، للإمام النووي، ط: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية (1405هـ) جـ 9 ص 93.
(4) المغني جـ 4 ص 285؛ وجـ 8 ص 176.
(5) المجموع شرح المهذب جـ 6 ص 98؛ المغني جـ 4 ص 285؛ وجـ 8 ص 176.

وهذا مستفاد من السنة المطهرة؛ فقد روى الإمام مسلم من حديث جابر رضي الله عنه قال: أعتق رجل من بني عُذرة عبدًا له عن دبر، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: "ألك مال غيره؟ فقال: لا، فقال: من يشتريه مني؟ فاشتراه نعيم بن عبدالله العدوي بثمانمائة درهم، فجاء بها رسول الله ﷺ فدفعها إليه ثم قال:" ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا، يقول فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك".[1]

قال النووي: "في هذا الحديث فوائد، منها: الابتداء في النفقة بالمذكور على هذا الترتيب، ومنها: أن الحقوق والفضائل إذا تزاحمت قدم الأوكد فالأوكد"[2]، كما أن ترجمة الإمام مسلم تنبئ عن هذا الترتيب، فقد ترجم له بباب: الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة.

ومما يؤيد هذا أن الإمام الماوردي ذكر أن نفقة الزوجة واجبة على كل زوج ولو كان عبدًا، وفارق بينها وبين نفقه ولد العبد فإنها لا تلزمه، وعرض بعد ذلك سؤالًا وأجاب عنه قال:" فإن قيل أفليس العبد تلزمه نفقة زوجته فهلا وجبت عليه نفقة ولده؟ قيل: لأن نفقة الزوجة معاوضة في مقابلة الاستمتاع بها، فلما ملك الاستمتاع ملك عليه ما في مقابلته من النفقة وليست نفقة الولد كذلك لأنها مواساة وليس العبد من أهلها ولذلك سقطت عنه الزكاة لخروجه من أهل المواساة"[3]، وقال في موضع آخر:" على العبد نفقة زوجته وإن لم تجب عليه نفقة أقاربه لأمرين: أحدهما: أن نفقة الزوجة معاوضة والعبد من أهل المعاوضات، ونفقة الأقارب مواساة وليس العبد من أهل المواساة. والثاني: أن

---

(1) صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، حديث رقم997 جـ2 ص692.

(2) شرح النووي على مسلم جـ 7 ص 82.

(3) الحاوي الكبير جـ 11 ص 422.

نفقة الزوجة تجب في اليسار والإعسار فوجبت على العبد مع إعساره، ونفقة الأقارب تجب في اليسار دون الإعسار فسقطت عن العبد لإعساره"[1]، وما لا يقبل السقوط أولى مما يقبل السقوط.

القول الثاني: ذهب يحيى القطان (ت: 198هـ) على ما ذكره ابن حزم إلى أن حق الولد في النفقة مقدم على حق الزوجة[2]، ويمكن أن يستدل له بما رواه أبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: أمر النبي ﷺ بالصدقة، فقال رجل: يا رسول الله عندي دينار، فقال: "تصدق به على نفسك" قال: عندي آخر، قال: "تصدق به على ولدك"، قال عندي آخر، قال: "تصدق به على زوجتك"، قال: عندي آخر، قال:" تصدق به على خادمك"، قال: عندي آخر، قال: "أنت أبصر".[3]

القول الثالث: أن نفقة الولد والزوجة سواء، وهذا هو الظاهر من قول الحنفية، فقد قال السرخسي: "ولا يجبر المعسر على نفقة أحد إلا على نفقة الزوجة والولد الصغير أما استحقاق نفقة الزوجة باعتبار العقد وأما الأولاد الصغار فلأنهم أجزاؤه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذلك نفقة أولاده"[4]، وهذا القول ذهب إليه ابن حزم[5]، وقد وفق بين الروايات السابقة والتي تقدم حق الزوجة على حق الولد وتلك التي تقدمه عليها، وقال:" صح أن رسول الله كان يكرر كلامه ثلاث مرات، فيمكن أن يكرر فتياه عليه الصلاة والسلام ههنا كذلك، فمرة قدم الولد ومرة قدم الزوجة، فصارا سواء، مع قوله عليه الصلاة والسلام لهند بنت عتبة إذ سألته إباحة من مال أبي سفيان زوجها

---

(1) الحاوي الكبير جـ 11 ص 422.
(2) المحلى جـ 10 ص 105.
(3) سنن أبي داود، كتاب الزكاة، باب في صلة الرحم، حديث رقم 1691 جـ 2 ص 132.
(4) المبسوط جـ 5 ص 224.
(5) المحلى جـ 10 ص 105.

بغير علمه فقال النبي عليه الصلاة والسلام: "خذي ما يكفيك وولدك بـــالمعروف فقرن بينها وبين الولد سواء".[1]

تزاحم نفقة الوالد والولد: ومما يقترب من هذا تزاحم حق الولد في النفقة على أبيه مع والدي أبيه عليه، فكل حق منهما واجب عليه، فهل يقدم حق الولـــد على حق الوالد؟ أو العكس؟ أو هما سواء؟ فيقسم المال بينهما، أو بيـــنهم علـــى حسب الأحوال، ذكر الحطاب عدم وجود نص لفقهاء المالكية في المسألة، فقال:" إذا تعدد من تلزمه نفقته ولم يجد إلا صاعًا واحدًا أو بعض صاع فهل يخرجـــه عن الجميع أو يقدم بعض من تلزمه نفقته على بعض.....واختلف هل تقدم نفقة الابن على نفقة الأبوين وهما سواء على قولين لم أر في ذلك نصا والظاهر أنها تابعة للسنة والله أعلم"[2]، ونختار تقديم نفقة الولد على من سواه عنـــد التـــزاحم، لأن الولد بعضه، وتقديم نفقة النفس متفق عليه، فكذلك نفقة الولد.

52- ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله:

هذه قاعدة من قواعد الفقه الإسلامي نص عليها الـــسيوطي وغيـــره[3]، وهي تفيد في مجال الترجيح عند تزاحم الحقـــوق، ويمكـــن إدراجهـــا ضـــمن المرجحات التي تتعلق بصفات في الحق نفـــسه، كمـــا يمكـــن جعلهـــا ضـــمن المرجحات المتعلقة بصاحب الحق، غير أنها لا تكون مرجحة إلا عنـــد تعـــدد صاحب الحق، ولهذا هي أقرب إلى المرجحات المتعلقة به، أما إذا لم يتعدد فـــإن

(1) المحلى جـــ 10 ص 105.

(2) مواهب الجليل جـــ 2 ص 365؛ وفي المغنى نفسه جـــ4 ص211؛ ويراجع في المسألة: روضـــة الطالبين جـــ9 ص94؛ المغني لابن قدامه جـــ8 ص176.

(3) الأشباه والنظائر، للسيوطي ص 160؛ غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر للعلامة: أبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد الحموي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولـــى (1405هـــ/1985م) جـــ 1 ص 463.

التزاحم لا يتصور، إذ الحق يكون واحدًا، ولا تزاحم في الحق الواحد، بل في الحقوق المتعددة.

ويعني هذا الضابط أن الشيء الذي لا يقبل التجزئة من الأحكام إما أن يثبت كله أو يسقط كله، وليس للمكلف إلا أن يختار أو يسقط، فإذا اختار ولو لبعضه فاختياره ينسحب على الكل، وكذا لو أسقط ولو لبعضه فإسقاطه يكون للكل غالبًا.[1]

ولا خلاف فيما لو اختاره جميع من ثبت لهم الحق وطالبوا به، فإنه يثبت لهم جميعًا ولا يسقط بحال طالما ظل كل واحد متمسكًا باختياره، وكذا لو أسقطه جميعهم، فإنه يسقط ولا يعود، إذ الساقط فيما يقبل السقوط لا يعود، كما هو مقرر في القواعد[2]، كما لا خلاف أيضًا فيما لو كان الحق يقبل التبعيض وطالب به البعض وأسقطه البعض الآخر فلا أثر لإسقاط من أسقط على اختيار الآخر، بل الحق ثابت له، أي لمن اختار.

وهذا راجع إلى أن ما يتجزأ أو يتبعض يكون قابلًا للقسمة، ومن ثم لا وجه لربط أحد الحقين أو الحقوق بالآخر، أما ما لا يتجزأ فإنه بهذا عصي على التقسيم، وإذا كان كذلك لم يمكن استقلال أحد الحقين عن الآخر ضرورة، وقد جاء في الأم للإمام الشافعي رضي الله عنه: "والحق فيما يتجزأ إذا اشترك فيه قسم فأعطي كل من له حق نصيبه... فإذا كان فيما لا يتجزأ لم يقسم".[3]

لكن يثور البحث في حال عدم قبول الحق للتبعيض، فيما لو أسقطه بعضهم وطالب به البعض الآخر فأي الحقوق هو المقدم، أهو حق من اختار أم حق من أسقط؟.

---

(1) في هذا المعنى: أستاذنا المرحوم الدكتور عبدالعزيز محمد عزام، المرجع السابق ص 350.

(2) شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد محمد الزرقا، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية (1409هـ/ 1989م) صححه وعلق عليه: الدكتور مصطفى أحمد الزرقا ص 265، وص 267.

(3) الأم جـ 7 ص 19.

وتأتي هذه القاعدة حاكمة في هذا الصدد، ونقف في تطبيقها عند مسألتين يتضح منهما الحق المقدم وأساس التقديم، الأولى: تعدد أولياء الدم، والثانية: تعدد الشفعاء.

غير أن الأمر في المسألتين لم يكن موضع اتفاق بين الفقهاء في إعمال هذه القاعدة، مما رتب الخلاف بينهم أيضًا في بحث الحق المقدم، ونعرض لهاتين المسألتين فيما يأتي.

53- المسألة الأولى: تعدد أولياء الدم:

إذا قتل إنسان أخر عمدًا عدوانًا فإنه يثبت لأولياء الدم الحق في القصاص من القاتل، وذلك بمطالبتهم الدولة بالقصاص منه برفع دعوى أمام القضاء بذلك، وهذا الحق مناط بهم لقوله تعالى:﴿وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً﴾[1]، قال القرطبي:" ﴿سُلْطَانًا﴾ أي تسليطًا إن شاء قتل وإن شاء عفا، وإن شاء أخذ الدية، قاله بن عباس رضي الله تعالى عنهما".[2]

ولا خلاف بين الفقهاء فيما لو كان ولي الدم واحدًا وطالب بالقصاص أو عفا عنه، فإن يثبت في الأول يسقط في الثاني، بل يجوز له العفو في أي حالة كانت عليها الدعوى، بل ولو صدر حكم من القضاء به.

لكن إذا تعدد أولياء الدم واختار بعضهم القصاص وأسقطه البعض الآخر فقد اختلف الفقهاء في أي من الحقين هو المقدم، أهو حق من عفا وأسقط أم حق من طالب بالقصاص؟.

(1) سورة الإسراء، الآية رقم 33.

(2) الجامع لأحكام القرآن جـ 10 ص 255.

واختلفوا على قولين:

القول الأول: ذهب إلى أن حق العافين هو المقدم، ومن ثم لا قصاص على القاتل بعفو البعض، وذهب إلى هذا القول: جمهور الفقهاء: الحنفية[1]، والمالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة.[4]

وحجة الجمهور فيما ذهب إليه قوله تعالى:﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[5]، فهي تدل على أن عفو البعض مسقط للقصاص عن القاتل، وعلى الباقين أن يتبعوا بإحسان من عفا، ومما يؤدي هذا ما أورده الكاساني رحمه الله تعالى في سبب نزول هذه الآية، فقد قال: "وقيل: إن قوله تبارك وتعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ له من أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ نزلت في دم بين شركاء يعفو أحدهم عن القاتل فللآخرين أن يتبعوه بالمعروف في نصيبهم، لأنه قال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ له من أَخِيهِ شَيْءٌ﴾"[6] هذا فضلًا عن أن القصاص لا يتجزأ، فلا يمكن استيفاء بعضه دون بعض، وما لا يقبل التبعيض فإسقاط بعضه كإسقاط كله[7]، ثم إن القصاص حد من الحدود، والحدود تدرأ بالشبهات، والعفو شبهة قوية، فيدرأ بها.

القول الثاني: ذهب ابن حزم إلى أن القصاص لا يسقط بعفو البعض، ومن ثم فقد قدم حق من طلب القصاص على حق من عفا عنه.

---

(1) بدائع الصنائع جـ 7 ص 247.

(2) مواهب الجليل جـ 6 ص 253؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ4 ص261.

(3) مغني المحتاج جـ 4 ص 48.

(4) كشاف القناع جـ 5 ص 534.

(5) سورة البقرة، من الآية رقم 178.

(6) بدائع الصنائع جـ 7 ص 247.

(7) بدائع الصنائع جـ 7 ص 247.

ومستنده في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[1]، مع قوله ﷺ فيما رواه البخاري من حديث أبي هريرة: "ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين؛ إما أن يودي وإما يقاد".[2]

قال ابن حزم: "فجعل الله تعالى القصاص حقًا، وجعل رسول الله ﷺ أهل القتيل بين خيرتين؛ إما أخذ العقل وإما القتل، فساوى بين الأمرين أيهما شاءوا"[3]، ثم قال:" فوجدنا القود والدية قد ورد التخيير فيهما ورودًا واحدًا ليس أحدهما مقدمًا على الآخر، فلم يجز أن يغلب عفو العافي على إرادة من أراد القصاص إلا بنص أو إجماع، ولا نص ولا إجماع".[4]

وقول الجمهور أولى بالقبول؛ ذلك أن تقديم حق من عفا على حق المطالب بالقصاص راجع، فضلًا عما سبق من أدلة، إلى أنه قد ورد في الشرع ما يؤيد العفو؛ فم ناحية دعا الشارع ولي الدم في أكثر من موضع إلى العفو، ومن ذلك قوله تعالى:﴿وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾[5] فالآية بعمومها تتناول كل عفو، ومنه أيضًا ما رواه أبو داود من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "ما رأيت النبي ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو"[6]، ومن ناحية أخرى فإن منهج الشارع العام يقوم على ندب المسلم إلى العفو عمن أساء إليه في الأمور كلها، وهذا ثابت باستقراء نصوص الشريعة الجزئية، وأدلتها الكلية، وإذا ثبت ذلك يكون الشارع قد غلب العفو على غيره، فيكون حق من عفا مقدمًا على غيره بناء على ذلك.

---

(1) سورة البقرة، الآية رقم 179.

(2) صحيح البخاري، كتاب الديات، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، حديث رقم 6486 جـ 6 ص2522.

(3) المحلى جـ 10 ص 480.

(4) المحلى جـ 10 ص 481.

(5) سورة آل عمران، من الآية رقم 134.

(6) سنن أبي داود، كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم، حديث رقم 4496 جـ 4 ص 169.

54ـ المسألة الثانية: تعدد الشفعاء :

الشفعة هي كما جاء في كنز الحقائق:" تملك البقعة جبرًا عن المشتري بما قام عليه".[1]

وتثبت للشريك باتفاق الفقهاء[2]، سواء كان شريكًا في ذات العقار أو في حقوقه، وفي ثبوتها للجار خلاف بينهم. [3]

ولا خلاف بين الفقهاء أن الشفيع لو كان واحدًا وطالب بالعقار كله بما قام به على المشتري استحقه جبرًا عنه، أي عن المشتري، لدفع الضرر المترتب على بيع العقار إلى غير الشفيع.[4]

---

(1) يراجع تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ 5 ص 239.

(2) الإجماع، للعلامة: أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ط: دار الدعوة، الإسكندرية، الطبعة الثالثة (1402هـ) تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، رقم 509 ص 95.

(3) ويشترط للأخذ بالشفعة جملة من الشروط، من أهمها:

أ- أن يتوفر في الشفيع سبب الأخذ بالشفعة، وذلك بأن يكون شريكاً للبائع في العقار، أو شريكًا في أحد حقوقه أو جاراً ملاصقاً على حسب اختلاف الفقهاء في أسباب ثبوت الشفعة.

ب- أن تنتقل ملكية العقار إلى المشتري بعقد معاوضة مالي صحيح، كالبيع والصلح عن مال والهبة بشرط العوض.

ج- أن لا يصدر من الشفيع ما يدل على رضاه ببيع العقار المشفوع فيه.

د- أن يكون المشفوع فيه عقاراً ويلحق به المنقول الذي فيه، أما المنقول استقلالاً فلا شفعة فيه عند الجمهور.

هـ - أن يطالب الشفيع بالشفعة بعد علمه بالبيع وتمكنه من ذلك فإن تراخى عن المطالبة بما يقتضي الإعراض سقط حقه في الشفعة.

و- أن تشمل مطالبة الشفيع جميع المشفوع فيه، فإن اقتصرت مطالبته على البعض سقطت شفعته.

يراجع في ذلك: بدائع الصنائع جـ 5 ص 10؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ 3 ص 473 وما بعدها؛ قوانين الأحكام الشرعية، لابن جزي الغرناطي ص 189؛ مغني المحتاج جـ 2 ص 296 وما بعدها؛ كشاف القناع جـ 4 ص 133 وما بعدها؛ المغني جـ 5 ص 178 وما بعدها؛ المحلى جـ 9 ص 83 وما بعدها.

(4) في هذا المعنى: ما قاله ابن المنذر (ت:318هـ) في الإجماع رقم 510 ص 95:" وأجمعوا على أن من اشترى شقصًا من أرض مشتركة فسلم بعضهم الشفعة وأراد بعضهم أن يأخذ فلمن أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الجميع أو يدعه وليس له أن يأخذ بقدر حصته ويترك ما بقي".

أما إذا تعدد الشفعاء وتنازلوا جميعًا عن حق الشفعة صراحة أو ضمنًا فلا يجوز لهم المطالبة بها بعد ذلك، لأن الحقوق لا تعود بعد سقوطها، فالساقط لا يعود[1]، وأما إذا لم يتنازلوا جميعًا عنها فالأمر لا يخلو من حالتين: أن يقوم الجميع بطلب الأخذ بالشفعة، أو أن يقوم البعض ويتنازل البعض الآخر.

الحالة الأولى: إذا قام الجميع بطلب الأخذ بالشفعة، وهنا إما أن يكونوا من طبقة واحدة، أو من طبقات متعددة.

- فإن كانوا من طبقة واحدة بأن اتحدوا في سبب الاستحقاق بالشفعة، أي بأن كانوا جميعًا شركاء في ذات العقار أو في حق من حقوق الارتفاق، أو كانوا جميعًا جيرانًا له، فلا يخلو الحال من أن يكون سبب الملك لكل منهم واحدًا؛ بأن ورث الجميع العقار أو اشتروه أو وهب لهم، أو أن يختلف سبب الملك لكل واحد منهم، بأن شرا واحد جزءًا منه ووهب للآخر جزء والثالث ورث جزءًا.

ففي الحالة الأولى: وهي إذا اتحد الشركاء في العقار في سبب الملك فلا يخلو الحال أن تتساوى حصصهم، وفي هذه الحالة فإن المشفوع فيه يقسم بينهم بالتساوي، لعدم وجود مرجح لأحدهم على الآخر، أو أن تتفاوت حصصهم، وفي هذه الحالة يوزع المشفوع فيه عليهم بالتساوي أيضًا عند الحنفية[2] والظاهرية[3]، وقول عند الشافعية[4]، ورواية عند الحنابلة.[5]

---

(1) شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد محمد الزرقا ص 265.

(2) بدائع الصنائع جـ 5 ص 5.

(3) المحلى جـ 9 ص 98.

(4) مغني المحتاج جـ 2 ص 305.

قال الخطيب الشربيني: "واختار هذا جمع من المتأخرين، بل قال الأسنوي إن الأول (أي القول بقسمة المال المشفوع فيه على حسب الحصص، خلاف مذهب الشافعي".

(5) المغني جـ 5 ص 209.

ومستندهم في ذلك ما رواه أبو داود من حديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ : "الشفعة في كل شركٍ ربعةٍ أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن باع فهو أحق به حتى يؤذنه"[1]، فيستفاد من لفظ الشريك في الحديث التسوية بين جميع الشركاء، ولهذا قال ابن حزم: "فشريكه تسوية بين جميع الشركاء، ولو كان هناك مفاضلة لبينها رسول الله ﷺ ولم يجمل الأمر".[2]

هذا بالإضافة إلى أن سبب الاستحقاق أصل الشركة أو الجوار، ثابت لكل واحد منهم، لا فرق بين من يملك القليل أو الكثير، فالعبرة بالأصل لا بالقدر، وهذا أمر يتساوى فيه الشفعاء جميعًا، وإذا كان كذلك وجب قسم المشفوع فيه على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة.[3]

وعلى هذين المذهبين تكون وسيلة رفع التزاحم بين الشفعاء هي في قسم المال المشفوع بينهم على حسب رؤوسهم، إذ حق كل منهم متساو مع حق الآخر من وجهة نظر أصحاب هذا القول.

وذهب المالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة على الصحيح في المذهب[6] إلى أن المشفوع يقسم بينهم بنسبة ما يحص كل منهم، لأن الشفعة حق مستحق بالملك فقسط على قدره، كالأجرة والثمرة فلما كانت الأجرة والثمرة تقسم على حسب حصة كل مالك من المال، كذلك يقسم المال المشفوع على حسب حصة كل شفيع من الملك.[7]

---

(1) سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الشفعة، حديث رقم 3513 جـ 3 ص 285.
(2) المحلى جـ 9 ص 99.
(3) بدائع الصنائع جـ 5 ص 5.
(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ 3 ص 487.
(5) مغني المحتاج جـ 2 ص 305.
(6) المغني جـ 5 ص 209.
(7) في هذا المعنى: مغني المحتاج جـ 2 ص 305.

وعليه"فإذا كان الشركاء ثلاثة لأحدهم النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس، فإذا باع صاحب السدس فحصته بين شريكيه على خمسة أسهم؛ لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان، وإذا باع صاحب الثلث فحصته بين صاحبيه على أربعة؛ لصاحب النصف ثلاثة وإذا باع صاحب النصف فحصته بين صاحبيه على ثلاثة؛ لصاحب الثلث اثنان".[1]

وفي الحالة الثانية: إذا اختلف الشركاء في العقار في سبب الملك فباع أحدهم نصيبه، فهل يستحق بقية الشركاء الشفعة على السواء، سواء بحسب نصيب كل منهم أو يقسم العقار بينهم بالتساوي؟ كما في الحالة السابقة، أو أن أحدهم يقدم على غيره؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب إلى أن ثبوت الشفعة للجميع دون نظر إلى سبب تملك كل منهم لنصيبه من العقار.

وقال بهذا القول جمهور الفقهاء: الحنفية[2]، وقول عند المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، والظاهرية.[6]

ومستندهم في ذلك عموم النصوص الواردة في ثبوت الشفعة للشركاء في الملك، فلم تفرق بين شريك وآخر، فضلًا عن أن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته، وهذا يوجد في حق الكل[7]، وأخيرًا

---

(1) الشرح الكبير جـ 3 ص 487.
(2) بدائع الصنائع جـ 5 ص 8.
(3) الذخيرة جـ 7 ص 269.
(4) مغني المحتاج جـ 2 ص 305 وما بعدها.
(5) المغني جـ 5 ص 210.
(6) المحلى جـ 9 ص 98.
(7) المغني جـ 5 ص 210.

فإن الشركاء اشتركوا مع البائع في العين قبل بيعه، لا فرق بين من كان شريكًا له بسبب متفق أو بسبب مختلف، فحق لهم أن يشتركوا في الشفعة جميعاً كما لو ملكوا بسبب واحد.(1)

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن التقديم السابق يكون في غير الورثة، وأما في الورثة فيقدم الشريك في السهم على الشريك الأعم.(2)

وذكر الدردير رحمه الله تعالى أن المراتب أربع، هي المشارك في السهم، والوارث ولو كان عاصبًا، والموصى له، والأجنبي، وذكر قولًا آخر بأن المراتب خمس وفيها يقدم الوارث بالفرض على العاصب، غير أن القول الراجح هو الأول وأن المراتب أربع، ونص ما قاله:" فالمراتب أربع مشارك في السهم ثم وراث ولو عاصباً ثم الموصى لهم ثم الأجنبي، ثم قال: وقيل المراتب خمس: المشارك في السهم فذو الفرض فالعاصب فالموصى له فالأجنبي والأول هو الراجح".(3)

وحجة المالكية أن الشفعة شرعت لرفع الضرر، وهذا يكون مع قوة الملك، فكلما قوي الملك قوي الضرر المترتب على البيع لغير الشريك، وملك الشريك الخص أقوى من ملك الشريك الأعم، لقوة الأخص على الأعم، وفي هذا يقول القرافي رحمه الله تعالى: "إنها، أي الشفعة، (ليست)(4) لمطلق الضرر، بل

---

(1) المحلى جـ 9 ص 98.

(2) حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ3 ص491 وما بعدها؛ الذخيرة جـ7 ص264 وما بعدها.
وعلى هذا فلو باع عقارًا ملكه بالإرث هو وغيره وكان هذا الغير مشاركًا له في الإرث بالسهم، كان هذا الشريك مقدم على غيره في الشفعة، كما لو مات وترك أختين شقيقتين وعمًا، فباعت إحدى الأختين نصيبها، كانت الأخت الشقيقة مقدمة على العم في الشفعة.

(3) الشرح الكبير جـ 3 ص 493.

(4) كلمة ليست غير موجودة في نص القرافي، وزدتها ليستقيم السياق، لأن كلامه ورد في معرض الرد على أصحاب القول الآخر، وأورده بعدم التسليم بما قالوه من أن الشفعة شرعت للضرر، فقال: لا نسلم أنها لمطلق الضرر.

للضرر مع قوة الملك الذي هو سبب الأخذ، جمعاً بين المناسبتين، وهو أولى من إلغاء أحدهما".[1]

- هذا كله إن كانوا من طبقة واحدة، وإن كانوا من طبقات متعددة:أي بأن كان أحدهم شريكًا في رقبة العقار الذي لم يقسم، والآخر شريكًا في حقوقه، والثالث جارًا ملاصقًا[2]، فعلى مذهب الجمهور الذي ينفي الشفعة لغير الشريك لا يتصور تزاحم، بل الحق للشريك الذي لم يقاسم، وأما على قول الحنفية بثبوت الشفعة للجار أو الشريك في الحقوق فضلًا عن الشريك في الرقبة فيتصور التزاحم بين هؤلاء الشفعاء، ومن ثم يثور البحث عن أي منهم المقدم بحقه في الشفعة.

وقد ذهب الحنفية إلى أن الشريك في الرقبة مقدم على الشريك في الحقوق وهما مقدمان على الجار، قال الكاساني:" وأما الذي يخص الاجتماع فهو أن أسباب استحقاق الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب، فيقدم الأقوى فالأقوى؛ فيقدم الشريك على الخليط، والخليط على الجار، لما روي عن رسول الله أنه قال:" الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره"[3]، ولأن المؤثر

---

(1) الذخيرة جـ 7 ص 270.

(2) لم تكن هذه الأسباب محل اتفاق بين الفقهاء في ثبوت الشفعة بها، فاتفقوا على السبب الأول، واختلفوا في الشركة في حقوق العقار، وكذا اختلفوا في الجوار، فذهب الجمهور إلى نفي كونهما سببًا، وذهب الحنفية إلى ثبوت الشفعة بهما.

يراجع في ذلك: بدائع الصنائع جـ5 ص4؛ الذخيرة جـ7 ص262؛ حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ3 ص473؛ قوانين الأحكام الشرعية ص 189؛ مغني المحتاج جـ2 ص296 وما بعدها؛ المغني جـ5 ص178؛ المحلى جـ9 ص99، 100.

(3) قال الزيلعي (ت:762هـ) عن هذا الحديث: "قال عليه السلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع قلت: غريب، ونكره بن الجوزي في التحقيق، وقال: إنه حديث لا يعرف، وإنما المعروف ما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن هشام بن المغيرة الثقفي قال: قال الشعبي: قال رسول الله ﷺ: "الشفيع أولى من الجار والجار أولى من الجنب" انتهى. قال في التنقيح وهشام وثقة بن معين وقال أبو حاتم لا بأس بحديثه انتهى. قلت هذا الحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن المبارك به وروى بن أبي شيبة في مصنفه في أثناء البيوع ثنا أبو معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من الجار والجار ممن سواه انتهى ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن أيوب عن بن سيرين عن إبراهيم=

في ثبوت الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه، وسبب وصول الــضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال على هذه المراتب، فالاتصال بالشركة في عين المبيــع أقوى من الاتصال بالخلط، والاتصال بالخلط أقوى مــن الاتــصال بــالجوار، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح، فإن سلم الشريك وجبيــت للخلــيط، وإن اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم، وإن سلم الخليط وجبت للجار".[1]

<u>الحالة الثانية:</u> إذا طلب البعض الأخذ بالشفعة وتنازل البعض الآخر:

لا شك أن الشفعة حق للشفيع، ومن ثم له أن يطالب به وله أن يتنازل عنه، فإذا تنازل عنه فإنه يسقط كبقية الحقوق الثابتة للعبد، وعلى هذا فإذا تعدد الشفعاء وتنازل بعضهم عن حقه فإن حقه يسقط ولا تأثير له على بقية الشفعاء الآخرين، غير أنه يلزم أن يأخذوا بكل العقار، ولا يحق لهم أن يأخذوا بعضه ويتركوا بعضه الآخر، لأن التجزئة تؤدي إلى الإضرار بالبائع، وهذا محل إجماع الفقهاء، قال ابن المنذر:"وأجمعوا على أن من اشترى شقصًا من أرض مشتركة فسلم بعضهم الشفعة وأراد بعضهم أن يأخذ فلمن أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الجميع أو يدعه وليس له أن يأخذ بقدر حصته ويترك ما بقي".[2]

قال ابن قدامه: "وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، ولأن فــي أخذ البعض إضرارًا بالمشتري بتبعيض الــصفقة عليــه، والــضرر لا يــزال بالضرر، لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعًا لضرر الشريك الداخل

=النخعي قال: الشريك أحق بالشفعة فان لم يكن شريك فالجار والخليط أحق من الشفيع، والــشفيع أحق ممن سواه".

يراجع: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، للعلامة: أبو محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي، ط: دار الحديث، القاهرة (1357هـ) تحقيق: محمد يوسف البنوري جـ 4 ص 176.

(1) بدائع الصنائع جـ 5 ص 8.

(2) الإجماع، رقم 510 ص 95.

خوفًا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة، فإذا أخذ بعض الشقص لم ينـدفع عنـه الضرر، فلم يحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت".[1]

ويراعي في طريقة التقسيم بين الشفعاء المتعددين في هذه الحالة ورفـع التزاحم بينهم فيما لو كان بعضهم مقدمًا على البعض الآخر، ما سبق ذكره مـن اختلاف الفقهاء في تعدد الشفعاء.

---

(1) المغني جـ5 ص211.

الخاتمة

55- أهم نتائج البحث:

بعد الانتهاء من هذا البحث والفراغ منه، يمكن استنتاج جملة من الأمور تعد أهم نتائجه:

أولًا: الحقوق منحة من الشارع تفضل بها على خلقة، أفرادًا ومجتمعًا، وقد تضافرت النصوص الشرعية على ذلك. ومع أنها منحة فقد يسبغ عليها وصف التكليف فيما كان نفعه عامًّا، من حيث الأصل، وإن كان الحق الفردي لا يستعمل إلا في المقصود له شرعًا، بما يؤدي أن يكون استعمال الحق في كل أحواله دائرًا في فلك الشرع، وليس خارجًا عنه.

ثانيًا: وبناء على النتيجة السابقة فإن الحق له صلة وثيقة بالحكم الشرعي، ذلك أن الحكم، وهو خطاب الشارع الآمر أو الناهي، أو المخير بين الفعل والترك، هو تكليف للإنسان في السير على منهج محدد في حياته، والسري على هذا المنهج يقتضي تطابق السلوك الإنساني مع المقصود الشرعي، ومن مضامين السلوك الإنساني استعمال الحق ومباشرته.

ثالثًا: عني الفقهاء بدراسة الحق دراسة مستفيضة، غير أنها جاءت في أبواب متعددة من الفقه الإسلامي، وفي مناسبات شتى، وهذا لا يعني إنكار وجود بعض الدراسات الخاصة به التي تجمع شتاته، ومع هذا يبقى دور كبير للبحث المعاصر في تتبع الحقوق عامة واستقرائها، تتبعًا يبرز أنواعها وخصائصها، وموجباتها، ومسقطاتها، وما يترتب عليها من آثار، وبالجملة كل ما يتعلق بها.

رابعًا: للحق تقسيمان مختلفة بالنظر إلى اعتبارات مختلفة، فبالنظر إلى من أسند إليه الحق يقسم إلى حق الله وحق والعبد، وحق مشترك بينهما وحق الله غالب، أو حق العبد غالب، وإن كان بعض الفقهاء ينكر وجود حق خالص للعبد.

وبالنظر إلى ما يتعلق به الحق يقسم إلى حق متعلق بالعين وحق متعلق بالذمة، وبالنظر إلى رتبة الحق ودرجته يقسم إلى حقوق متفاوتة في الرتبة وحقوق متساوية فيها، وهذا التقسيم يتضمن التقسيمين السابقين؛ فحقوق الله تعالى وكذا حقوق العبد منها المتفاوت في الرتبة ومنها المتساوي فيها، كما أن الحقوق المتعلقة بالعين والمتعلقة بالذمة داخلة في ذلك أيضًا.

خامسًا: عني الفقه الإسلامي بتقديم رؤية واضحة لتزاحم الحقوق، فبين حقيقته وأقسامه، وبيان المعايير المختلفة التي ترجح حقًا على آخر عند تزاحم الحقوق.

فمن ناحية مفهومه وحقيقته وجدت اجتهادات لبعض فقهاء المسلمين، وهو الإمام الزركشي الشافعي، فعرفه بأنه توارد الحقوق على محل واحد، ثم أضيف إليه فيما بعد من خلال التطبيقات التفريعية ما يمكن أن يحدد نطاق التزاحم بموطن معين، فكان لزوم التنفيذ للحقوق المتواردة على محل واحد هو العنصر الهام في تحديد نطاق التزاحم.

ولم يقف الأمر عند حدود بيان المصطلح بل قدم الإمامان الزركشي والعز بن عبدالسلام تقسيمات للتزاحم، وكانت مبنية على تتبع التفريع الفقهي في الأبواب الفقهية كلها، وإن كان بعضها أعم وأشمل من البعض الأخر، كما سبق بيانه في محله.

سادسًا: وجدت عدة معايير وضوابط لتقديم حق على آخر، يمكن استفادتها من خلال تعليلات الفقهاء في مواطن بيان الحق المقدم على الحق آخر، غير أن من الملاحظ أنه لا توجد قاعدة عامة تستتبع تقديم حق العبد مطلقًا وفي جميع الحالات، أو تقديم الحق المتعلق بالعين مطلقًا، وإنما يختلف التقديم والتأخير باختلاف الموارد، فقد يقدم حق الله، وقد يقدم حق العبد، وقد يتساويان، وقد يقدم الحق المتعلق بالذمة، وقد يقدم المتعلق بالعين، وإن كان

الأصل أن يقدم المتعلق بالعين، لكن قد يقدم عليه آخر في نظر بعض الفقهاء، كما في تقديم حق الميت في تكفينه وتجهيزه على كل الحقوق ولو كانت متعلقة بالعين قبل الوفاة، إلا أن يقال إن حق الميت تعلق بالمال المتروك، ومع هذا فإن الحق المتعلق بالعين قبل الوفاة ما زال هو الأقوى رتبة.

والظاهر أن هذا راجع إلى أن الضوابط المعينة على معالجة التزاحم ورفعه كان مراعى فيها الحالة الحادثة، ومن ثم يمكن أن ينظر إلى كل حالة على حدة، وعلى هذا يتضح دور الظروف الطارئة في البحث عن معيار يحتكم إليه في التقديم، بما يعني، مع عدم ثبات الظروف، تغير الحكم من واقعة إلى أخرى، وهو ما يؤدي إلى عدم اضطراد التعليل الفقهي لكل مسألة فيها تقدين حق على آخر.

سابعًا: يمكن القول بناء على تعليلات الفقهاء للأحكام الفقهية، أن المعايير التي يحتكم إليها في تقديم حق على آخر تدور حول محورين أساسيين:

الأول: النظر إلى الحق نفسه وإلى مقوماته الأساسية، سواء بالنظر إلى من أسند إليه الحق أو إلى متعلقه أو إلى الثمرة المترتبة عليه من تحقيق مصلحة ضرورية أو حاجية أو تحسينية، وسواء كانت المصلحة عامة أو خاصة.

الثاني: النظر إلى من أسند إليه الحق وإلى الصفات الموجود فيه، وهذا النظر يسير في الترجيح بين الحقوق المتزاحمة في مجالات مختلفة، فيعالج التزاحم في مجال العبادات في الإمامة في الصّلاة، فضلًا عن أنه يعالج قضايا اجتماعية من الأهمية بمكان، ففي تزاحم الحاضنين، وهو من القضايا الهامة التي تقع كثيرًا في الواقع، كانت الصفات المتصف بها الحاضن هي الأساس في تقديمه على غيره من الحاضنين، وهذا كله راجع إلى الحرص على مصلحة المحضون. كما أن تزاحم الورثة والأولياء في عقد النكاح، كان الأساس في

تقديم واحد منهم على غيره هو وجود صفات زائدة فيه جعلته أقوى من غيـــره. وهذا الأمر يجري أيضًا في تزاحم أولياء الدم وفي تزاحم الشفعاء.

هذا ما من الله تعالى به علي، فإن كنت قد أصبت فمن ربي عز وجــل وتوفيقه فله الحمد والشكر على كل ما أنعم به وتفضل، وإن كنت قد أخطأت في نقل قول الفقهاء أو فهم ما قالوا أو وضع مسألة في غير موضعها فمن نفــسي، وعذري أني بشر يخطئ ويصيب ويغلب عليه التقصير.

والله الموفق والهادي إلى سبيل الرشاد، وصل اللهم وسلم وبارك علــى سيدنا محمد النبي الأمي الأمين وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجهم واقتفى أثرهم إلى يوم الدين.

فهرس أهم المراجع الواردة في البحث

أولا: التفسير:

1- إيضاح إيداع حكمة الحكيم في بيان بسم الله الرحمن الرحيم، للعلامة: أبـي عبـدالله محمد أحمد محمد عليش، ط: مصطفى البابي الحلبـي، القـاهرة، الطبعـة الأولـى (1373هـ/ 1954م).

2- التحرير والتنوير، للعلامة: محمد الطاهر بن عاشور التونسي، ط: مؤسسة التـاريخ العربي، بيروت، الطبعة الأولى (1420هـ/ 2000م).

3- الجامع لأحكام القرآن، للعلامة: أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ط: دار الشعب، القاهرة.

ثانيًا: الحديث وشروحه

1- سنن أبي داود، للإمام سليمان بن الأشعث السجـستاني، ط: دار الفكـر، بيـروت، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

2- سنن ابن ماجه، للإمام أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، ط: دار الفكر، بيـروت، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي.

3- سنن الترمذي،للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، ط: دار إحيـاء التـراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرين.

4- شرح النووي على مسلم للإمام أبي زكريا يحيي بن شرف النووي، ط: دار إحيـاء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية (1392هـ).

5- صحيح ابن حبان، للإمام: أبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي، ط: مؤسـسة الرسالة، بيروت (1414هـ/ 1993م) تحقيق: شعيب الأرنؤوط.

6- صحيح البخاري، للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، ط: دار ابن كثيـر، بيروت، الطبعة الثالثة (1407هـ/ 1987م) تحقيق: د. مصطفى ديب البغا.

7- صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، ط: دار إحياء التـرث العربي، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي.

8- المستدرك على الصحيحين، للإمام: أبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيـسابوري، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعـة الأولـى (1411هـ/ 1990م) تحقيـق: مصطفى عبدالقادر عطا.

9- الموطأ، للإمام مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي، ط: دار إحياء التراث العربي، القاهرة، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي.

ثالثا: أصول الفقه وقواعده

1- الإجماع، للعلامة: أبي بكر محمد بن إبـراهيم بـن المنـذر النيـسابوري، ط: دار الدعوة، الإسكندرية، الطبعة الثالثة (1402هـ) تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد.
2- إدرار الشروق على أنواء الفروق، للعلامة: قاسم بن عبد الله بن محمـد بـن محمـد الأنصاري المعروف بابن الشاط، مطبوع بهامش الفروق.
3- الأشباه والنظائر في فروع الشافعية، للعلامة: جلال الدين عبدالرحمن بن أبـي بكـر السيوطي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت (1403هـ).
4- البحر المحيط في أصول الفقه، للعلامة: بدر الدين محمد بن بهـادر بـن عبـد الله الزركشي ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعـة الأولـى (1421هـ/ 2000م) تحقيق: د. محمد محمد تامر.
5- تهذيب الفروق، للعلامة ابن حسين المكي، مطبوع بهامش الفـروق، ط: دار الكتـب العلمية، بيروت.حاشية العطار على جمع الجوامع، للعلامة: حسن العطـار، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1420هـ/ 1999م).
6- شرح التلويح على التوضيح للعلامة: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الـشافعي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت (1416هـ/ 1966م) تحقيق: زكريا عميرات.
7- شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد محمد الزرقا، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الثانيـة (1409هـ/ 1989م) صححه وعلق عليه: الدكتور مصطفى أحمد الزرقا.
8- الفروق، للعلامة: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافـي، ط: دار الكتـب العلميـة، بيروت.
9- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعلامة: أبي محمد عـز الـدين بـن عبدالـسلام السلمي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت.
10- القواعد في الفقه الإسلامي، للعلامة ابن رجب الحنبلي، ط: مكتبة نزار مـصطفى الباز، مكة المكرمة.
11- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، للعلامة: علاء الدين عبـدالعزيز بن أحمد البخاري، ط: دار الكتب العلمية، بيروت (1418هـ/ 1997م) تحقيـق: عبد الله محمود محمد عمر.
12- المنثور في القواعد، للعلامة: أبي عبدالله محمد بن بهادر بن عبـد الله الزركـشي، ط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعـة الثانيـة (1405هـ) تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود.
13- الموافقات في أصول الشريعة، للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى الـشاطبي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: الشيخ عبدالله دراز.

رابعاً: الفقه الإسلامي

أ. الفقه الحنفي:

1- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة: زين الدين ابن نجيم، ط: دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.
2- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ط: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية (1982م).
3- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للعلامة: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ط: دار الكتب الإسلامي، القاهرة (1313هـ).
4- حاشية رد المحتار على الدر المختار، للعلامة: محمد أمين المعروف بابن عابدين، ط: دار الفكر، بيروت (1421هـ/ 2000م).
5- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (1411هـ/ 1991م).
6- المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، ط: دار المعرفة، بيروت.

ب. الفقه المالكي:

1- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للعلامة محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد)، ط: دار الفكر، بيروت.
2- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للعلامة: محمد عرفه الدسوقي، مطبوع مع الشرح الكبير للدردير، ط: دار الفكر، بيروت.
3- الذخيرة في فروع المالكية، للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت (1994م) تحقيق: محمد حجي.
4- شرح الخرشي على مختصر خليل، للعلامة: محمد الخرشي ط: دار الفكر، بيروت.
5- الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل، للعلامة: سيدي أبي البركات أحمد الدردير، وبهامشه حاشية الدسوقي، للعلامة: سيدي محمد عرفة الدسوقي، ط: دار الفكر، بيروت.
6- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للعلامة: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، ط: دار الفكر، بيروت (1415هـ).
7- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للعلامة: أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، ط: دار الفكر، بيروت (1398هـ).

ج ـ الفقه الشافعي:

1- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، للعلامة: أبي يحيي زكريا الأنصاري، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1422هـ/ 2000م) تحقيق: محمد محمد تامر.

2- الإشراف على مذاهب أهل العلم، للعلامة: أبي بكر بن المنذر النيسابوري، ط:مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الطبعة الأولى 1425هـ/ 2004م).

3- الأم، للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، ط: دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية (1393هـ).

4- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، للعلامة: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1419هـ/ 1999م) تحقيق: على محمد معوض، وعادل أحمد عبدالموجود.

5- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، للعلامة: أبي بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، ط: دار الفكر، بيروت.

6- حاشية الجمل على شرح المنهج للعلامة: سليمان الجمل، ط: دار الفكر، بيروت.

7- حاشية قليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين، للعلامة: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، ط: دار الفكر، بيروت (1419هـ/ 1998م).

8- الفتاوى الكبرى، للعلامة: ابن حجر الهيتمي، ط: دار الفكر، بيروت.

9- المجموع شرح المهذب، للإمام شرف الدين بن يحيي النووي، ط: دار الفكر، بيروت (1997م).

10- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للعلامة: محمد الخطيب الشربيني، ط: دار الفكر، بيروت.

11- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للعلامة: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، ط: دار الفكر، بيروت (1404هـ/ 1984م).

د ـ الفقه الحنبلي:

1- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للعلامة: أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد حامد الفقي.

2- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل للعلامة:أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى.

3- كشاف القناع عن متن "الإقناع، للعلامة: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ط: دار الفكر، بيروت (1402هـ) تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.

4- المبدع في شرح المقنع، للعلامة: أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، ط: المكتب الإسلامي، بيروت (1400هـ).

هـ- الفقه الإباضي:

1- التسهيل في الفرائض، للعلامة: أحمد بن عبدالله بن موسى الكندي، مخطوط.
2- شرح كتاب النيل وشفاء العليل، للعلامة: محمد بن يوسف أطفيش، ط: مكتبة الإرشاد، جدة.
3- فتاوى العبادات، للشيخ أحمد بن حمد الخليلي، ط: الأجيال، مسقط.
4- كشف الغوامض في فن الفرائض، للشيخ أبي الحسن سفيان بن محمد الراشدي، ط: معهد القضاء الشرعي والوعظ والإرشاد، سلطنة عمان (1412هـ/ 1991م) تحقيق: سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي.
5- معارج الآمال على مدارج الكمال بنظم مختصر الخصال، للعلامة: نور الدين عبدالله بن حميد السالمي، ط: دار الرشد، بيروت، الطبعة الأولى (2008م) تحقيق: الحاج سليمان بن إبراهيم بابزيز وآخرين، مراجعة: د. شوقي إبراهيم علام.

و- الفقه الظاهري:

1- المحلى، للعلامة: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ط: دار الآفاق الجديدة، بيروت.

خامساً: معاجم اللغة والمصطلحات:

1- تاج العروس من جواهر القاموس، للعلامة: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، ط: دار الهداية.
2- كتاب العين، للعلامة: الخليل بن أحمد الفراهيدي، ط: دار ومكتبة الهلال، تحقيق: د. مهدي المخزومي، ود. إبراهيم السامرائي.
3- لسان العرب للعلامة: محمد بن مكرم بن منظور، ط: دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.
4- مختار الصحاح، للعلامة: محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، ط: مكتبة لبنان، بيروت (1415هـ/ 1995م) تحقيق: محمود خاطر.
5- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للعلامة: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ط: المكتبة العلمية، بيروت.
6- معجم مقاييس اللغة، للعلامة: أبي الحسين أحمد بن فارس، ط: دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية (1420هـ/ 1999م) تحقيق: عبدالسلام محمد هارون.

سادساً: التراجم

1- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، للعلامة: أبي محمد عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي، ط: منير محمد كتب خانة، كراتشي.

2- سير أعلام النبلاء، للعلامة: أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد نعيم العرقسوسي.

3- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، للعلامة: أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، ط: دار الثقافة، بيروت، تحقيق: إحسان عباس.

سابعًا: مراجع حديثة:

(الترتيب وفق اسم المؤلف)

1- الدكتور أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط: دار السلام، القاهرة.

2- الدكتور جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون (نظرية الحق) طبعة سنة (1984م).

3- الدكتور حسن علي الشاذلي، المدخل للفقه الإسلامي تاريخ التشريع الإسلامي(أطواره – مذاهبه- مصادره) ط: دار الاتحاد العربي، القاهرة (1988م).

4- الدكتور حمدي عبدالمنعم شلبي، الرائد في علم الفرائض (1989م).

5- الدكتور زين العابدين العبد محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف (1393هـ/ 1973م) وطبعت، في جزئين، في دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي (1425هـ/ 2004م).

6- الدكتور زين العابدين العبد محمد النور، مقاصد الشريعة، مذكرات غير منشورة.

7- الدكتورة شادية محمد أحمد كعكي، الحقوق المقدمة عند التزاحم، رسالة قدمت إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى (1410هـ).

8- الدكتور عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى (1997م).

9- أستاذنا المرحوم الدكتور عبد العزيز محمد عزام، القواعد الفقهية، ط: دار الحديث، القاهرة (1426هـ/ 2005م).

10- الشيخ محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث.

11- الشيخ محمد جواد مغنيه، حق الله وحق العبد، بحث منشور في رسالة الإسلام التي تصدر عن دار التقريب بين المذاهب الإسلامية بالقاهرة، السنة الثامنة، العدد الرابع (ربيع الأول 1376هـ/أكتوبر 1956م).

12- الدكتور محمد خالد عبدالعزيز منصور، التداخل وأثره في الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بالجامعة الأردنية،ط: دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة الأولى (1418هـ/ 1998م).
13- الدكتور محمد كمال الدين إمام، الموقف من الفقه الافتراضي مراجعة نقدية، بحث مقدم إلى ندوة تطور العلوم الفقهية في عمان، والتي عقدتها وزارة الأوقاف والشئون الدينية بسلطنة عمان خلال الفترة (8- 11 ربيع الثاني 1430هـ/ 4- 7 إبريل 2009م).
14- أستاذنا المرحوم الدكتور محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي.
15- الدكتورة مريم أحمد الداغستاني، المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة والعمل عليه في المحاكم المصرية (1422هـ/ 2001م).
16- الدكتور نصر فريد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط: المكتبة التوفيقية، القاهرة.
17- الدكتور نصر فريد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ط: المكتبة التوفيقية، القاهرة.
18- الدكتور نصر فريد واصل، الولايات الخاصة الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، ط: دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى (1422هـ/ 2002م).
19- نادية رازي، فقه الأولويات ودوره في الحكم على القضايا المعاصرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة باتنة، الجزائر (1427هـ/ 2006م).
20- الدكتور يوسف القرضاوي، في فقه الأولويات، دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة، ط: مكتبة وهبة، القاهرة (1995م).
21- الدكتور يوسف محمود قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي (1996م).

المحتويات

الموضـــوع	الصفحة
17- تقسيم	37
18- أولًا: تقسيم الحقوق بالنظر إلى من أسندت إليه	37
19- مذهب الجمهور في تقسيم الحقوق	37
20- مذهب العز بن عبدالسلام والشاطبي في تقسيم الحقوق	48
21- ثانيا: تقسيم الحقوق بالنظر إلى محلها	51
22- ثالثًا: تقسيم الحقوق بالنظر إلى رتبتها ودرجتها	56
المطلب الثاني: أقسام التزاحم وتحديد نطاقه	56
23- تمهيد وتقسيم	56
الفرع الأول : أقسام التزاحم	57
24- عرض اتجاهات الفقهاء	57
25- تقسيم التزاحم عند العز بن عبدالسلام	57
26- تقسيم التزاحم عند الإمام الزركشي	58
27- تقسيم التزاحم بالنظر إلى إمكان حصوله من عدمه	61
الفرع الثاني : محل التزاحم وتحديد نطاقه	65
28- تمهيد	65
29- اتحاد المحل ووجوب التنفيذ أمران لازمان لحصول التزاحم	66
الفصل الثاني **الضوابط المعينة على معالجة التزاحم وتقديم حق على آخر**	71
30- تمهيد وتقسيم	73
المبحث الأول : مرجحات تتعلق بالحق نفسه	75
31- إجمال المرجحات التي تتعلق بالحق	75
32- ما فُرض على الأعيان مقدم على غيره من المطلوبات الشرعية	75
33- ما تعلق بالأعيان أقوى مما تعلق بالذمة	81
34- أولًا: تزاحم حقوق الله تعالى مع حقوق العبد	82
35- أ- التزاحم بين الزكاة ودين العبد الموثق برهن حال الحياة	83
36- ب- التزاحم بين الزكاة ودين العباد المتعلق بالذمة حال الحياة	88

الموضـــوع	الصفحة

تم بحمد الله

رقم الإيداع : 8575/ 2012

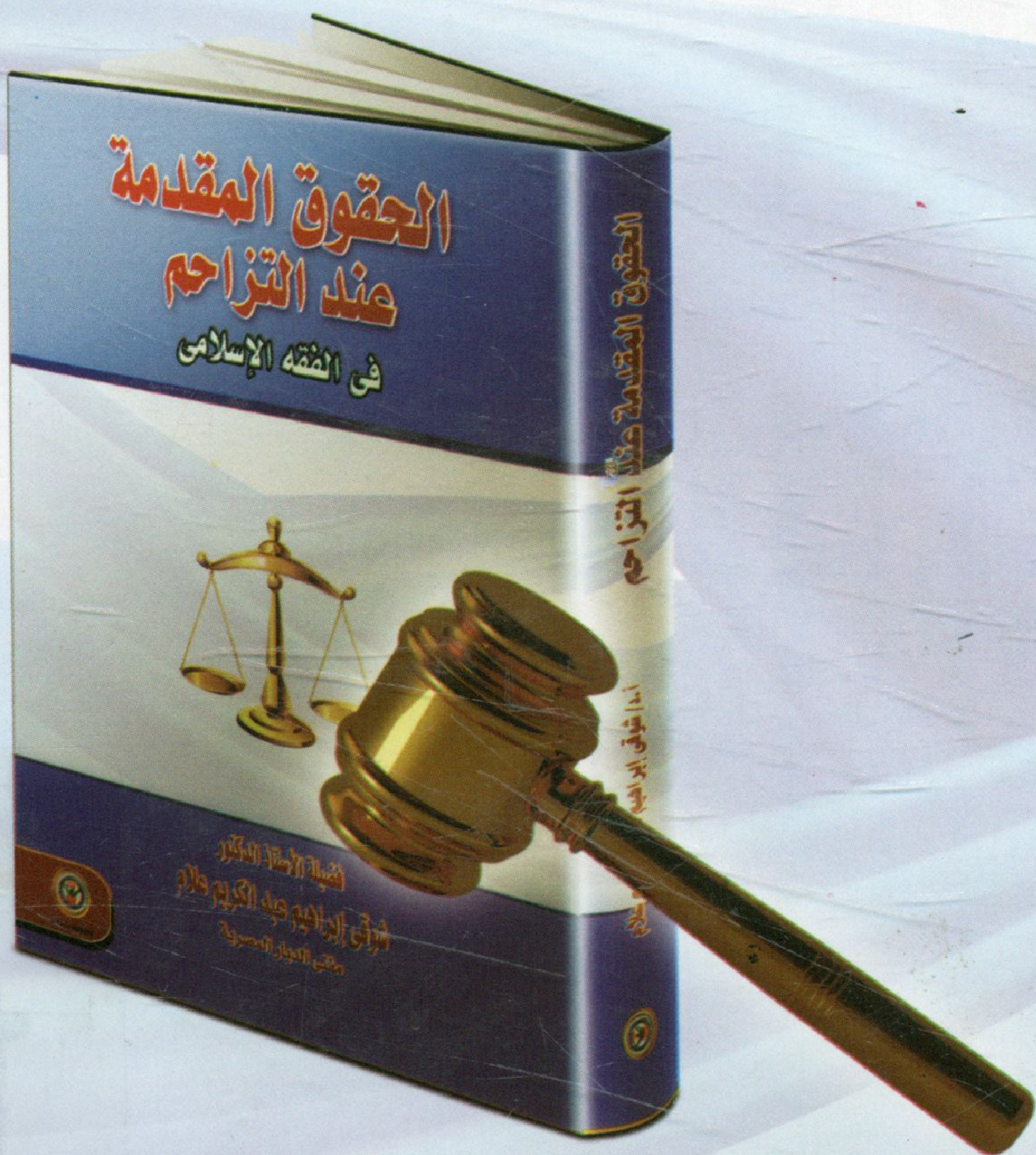
الترقيم الدولي : 5-969-327-977-978



مع تحيات

مكتبة الوفاء القانونية

محمول : 00201003738822


الحقوق المقدمة
عند التزاحم
فى الفقه الإسلامى
فضيلة الأستاذ الدكتور
شوقي إبراهيم عبد الكريم علام
مفتي الديار المصرية


الناشر
مكتبة الوفاء القانونية
٠٠٢٠١٠٠٣٧٣٨٨٢٢
تليفاكس
٠٠٢٠٣/٥٤٠٤٤٨٠
الإسكندرية


ISBN : 977-644-119-4
9 789776 441194